ULRICI HUBERI
PRÆLECTIONUM
JURIS ROMANI
ET
HODIERNI
PARS II.

DEO OPTIMO MAXIMO.

FONTI OMNIS ÆQVI AC BONI.

ALMÆ PATRIÆ. OPTIMI JURIS

SANCTISSIMÆ ALTRICI.

PROCERIBUS GRAVISSIMIS.

EJUSDEM FAUTORIBUS AMANTISSIMIS.

JUSTITIÆ PRÆSIDIBUS.

THEMIDOS ROMANÆ ADSERTORIBUS
CONSTANTISSIMIS.

JURISCONSULTIS PATRIÆ CAUSARUMQVE PATRONIS.
EJUSDEM DISCIPLINÆ CULTORIBUS ORBE TOTO
DILIGENTISSIMIS.

HOC ANTIQVI ET HODIERNI
SPECIMEN JURIS
SACRUM FACIT
AUCTOR.

LECTORI BENEVOLO

S. D.

QVod primo omnium quæri consentaneum est, numquid in his Prælectionibus novi, quo novum ad Pandectas commentarium exire opus fuerit, contineatur, paucis edisseram. Si dixero, totum esse novum, nihil a veteri professione, quæ hoc illicio famæ nunquam increbuit, præ me ferre videri possim. Exiit enim e calamo, neque descriptus neque congestus ex aliis, recens, nec vulgaribus inhærens, neque necessaria prætermittens; communia inlustrare, selectiora maxime prosequi consilium fuit. Quid novi methodus habeat, in exordio primæ partis & hujus iterum præfatione, quæ caput primum facit, expositum videbis. Hoc autem novi ex ultima vetustate petitum & curæ inprimis habitum, ex omni compositione patebit, jus antiquum eo modo tradere, ut in id, quo utimur, identidem desineret, atque ut jus hodiernum ex fontibus suis, hoc est, ipsius antiquæ doctrinæ principiis educeretur, & ex humanioribus etiam disciplinis illustraretur. Nec tamen idcirco Theoretico practicum hoc opus inscribere visum fuit, etsi passim id operam dederimus, ut sententias notabiliores historiis rerum judicatarum, de quibus nobis constaret, explicaremus: Recte enim ab illis consuli arbitramur, qui Juventutem Academicam prima institutione fundamentorum Juris defunctos, ad graviorem disciplinam ita producendos putant, ut quem usum præcepta Juris in societate communi usuque civili habeant, duntaxat quasi per transennam perspicere possint. Jampridem enim compertum est, ea re juncta ratiocinationi nervosæ, positiones Artis longe melius intelligi memoriaque teneri, quam si auctoritatum & textuum numero sibi multæ lectionis speciem, aliis tædium & confusionem pariant Scriptores. Nec quisquam recte dixerit, ea docendi ratione praxin in Academia tempore non suo perperam occupari. Nam ars *Casuandi*, quam vocant, a theoretico Juris studio ac institutione Academica, ut apud omnes in confesso habetur, separari non potest. Quæ autem potest esse melior subducendi casus ratio, quam historias rerum acta-

rum positionibus Artis applicare, quibus dum gravissima judicati auctoritas accedit, non intercedo, quominus & ipsa practici studii disciplina institui posse videatur. Exempla rerum judicatarum, quæ a nobis heic commemorantur, omnia, paucis exceptis, post tempora SANDII egregii prodierunt ex eadem, cui ille interfuit, Curia Patriæ nostræ, jurisdictionis amplitudine causarumque varietate & multitudine nulli secunda. Wissenbachius noster Vir Cl. in Epistola dedicatoria ad primam Pandectarum partem, Amplissimos Curiæ Senatores, post laudes Sandio Curiæque dictas, hunc in modum alloquitur; *Quæ vero post excessum D. Sandii Decisiones in Augusto Themidis adhuc ineditæ adservantur Sacrario vestro, publico non videntur ultra invidendæ. Si meam in illis vel colligendis, vel digerendis, vel illustrandis, operam non inutilem fore judicatis, imponite huic homini, quicquid eum exequi posse existimatis.* Ignoravit Vir Clarissimus, qua forma res judicatæ publicis actis consignatæ, in Curiis reperiantur. Si ætatem illis colligendis & digerendis impendisset, nihil tamen ad illustrandas decisiones conferre potuisset, nisi ipsas partium scripturas & probationes, qui labor infinitus fuisset, pariter evolvisset. Et ne sic quidem rationes decidendi certo exploratas habere potuisset, sicut mihi exoptata occasione, cum in illud ipsum incumbere cœpissem, re ipsa mox ab ingressu compertum. Fuit Sandio superstes Collega *Gajus Nauta*, vir multæ lectionis & Doctoralis jurisprudentiæ, qui propositum habuisse videtur Sandii institutum continuandi, a quo ipsemet in literis ad Lambertum Goris, (extant in hujus adversariis,) se deterritum scribit, ob causas .... Nauta collectionem suam inchoavit ab anno hujus seculi trigesimo sexto, quem Sandius non excessit: sed revera nihil sunt, quam centones ex Advocatorum, ut videtur, scripturis congestæ, vitiose descriptæ, multisque locis defectæ, ut sæpe ne exitus quidem Decisionum reperiatur. Ex his ego factorum species & decidendi momenta, cum libri copiam haberem, descripsi, locisque idoneis inserui, in quibus connexio rerum juriumque singulis locis explicitorum, commentarii ad instar fungerentur. Quod idem de reliquis exemplis, quæ meo tempore memoratu digna evenerunt, instituimus; quibus alia ex manuscriptis ad Statuta Frisiæ notis, quæ nomen habent insignium virorum *Johannis Saekma* Senatoris, & *Thomæ Herbaji* Procuratoris olim Generalis, accesserunt, ut & pauca medii temporis ex eorum, qui decisionibus interfuerunt, relatu: Nam quo alia decisionum testimonia pro exemplis rerum judicatarum haberem, publiceque exponerem, ob incertitudinem rationum decidendi, faciendum non putavi. Est aliud novitatis in hoc commentario specimen; Vir Cl. *Christianus Thomasius*, editis pluribus scriptis jam pridem famam notabilem adeptus, cum positiones nostras ad Institutiones & Pandectas in Academia Lipsiensi publicis Exercitationibus repeteret, Scholiis passim adjectis, mea dicta brevia, vel exposuit vel supplevit, suas quoque sententias a meis discrepantes aliquando adjecit. Horum scholiorum præcipuam partem his *Prælectionibus*, in quibus omnes positionum sententiæ continentur, adjiciendas putavi, cum ea ratione, quam in præfatione primæ partis edidi, tum quod horum Scholiorum ope multa scitu utilia explicandi causam suppeditari videbam. Scio, quam sit incommodum ejusmodi librorum censores experiri, & quam nulli sint in mundo Scriptores, in quibus nonnulla, imo non multa, si investiges, reprehendi queant. Ea tamen semper animi sententia fuit, si contumeliæ abessent, dissensiones aliorum, imo & demonstrationes errorum, æquo animo ferendas, nec si refellare, tam indignum, quam si negligaris, esse videri. Et quia *D. Thomasius* libere satis, non tamen acerbe in meis versatus est, eodem temperamento respondendi sum usus; Nec forte alicubi, quod tamen an ter acciderit haud memini, aliquid me fugisse, quod ipse

ipse melius viderit, dissimulavi: quod si fecissem, hominis id esse merito sibi diffidentis, & jejune ambitiosi diceretur. Cur enim quem toties refello, non aliquando laudem, qui a discipulis meis sæpe me doctum esse, non gravatus sum fateri, in *præfatione primæ partis Prælectionum?* ut qui hoc mihi probro imputant, iis ego nihil pejus precer, quam ut aliquando intelligant, solam esse optimam vivendi rationem discendi cupiditatem, & quam procul ab hoc instituto absint, qui mutare sententiam dedecus esse putant: Si Deus mihi præstet, ut in septuagesimum octavum ætatis annum, quousque Pomponius noster illam vivendi rationem secutum se adfirmat, otium, quo fruor, continuare queam, nunquam pigebit ab aliis discere, & emendare quæ scripserim: Nec si reprehendar sine causa, modo id dignitate verecundiaque salva fiat, rationem meorum dictorum reddere cunctabor.

Incidit disputatio Juridico-philologica de *Prætorio* Principum Romanorum. Quæstionem heic habes per modum Digressionis tractatam a *pag. 562.* libello deinde singulari adsertam, neque pluribus a me prosequendam. Inprimis Lector animum velim huc advertat, satin' probatum sit, quod Cæsares Romani Neronis etiam tempore nullum in Palatio locum habuerint, in quo jus dixerint: nam Antoninos & secutos Imperatores habuisse ejusmodi *δικαςικὸν* ædificium in parte Palatii, jam inter dissentientes constat: Neronem habuisse eandem jurisdictionem in Provinciales, & cives Romanos nominatim qui in provinciis erant, sive per appellationem seu prima instantia, quam secuti Principes habuerunt, nec eas causas in foro populi Rom. actas fuisse, pariter constat. Proinde quibus eadem causa ordinarium jurisdictionis in Palatio locum habendi fuit, his necessitas dictat, eundem, qui fuit, locum esse tribuendum: etsi rarior ejus & obscura mentio fiat apud temporis antiquioris Scriptores. Nam etiam qui vitas Antoninorum scribunt, Spartianus & Capitolinus, æque de ejusmodi loco tacent, etsi tunc illud fuisse, manifestum sit ex juris libris, qui ad tempora priora non pertingunt, ideoque de illis idem prodere non potuerunt; utrique publica, non privati juris administrationem describunt. Jam si locus in Palatio Principum fuerit, in quo Reos, utique ex Provinciis missos, Cæsares audiverint, non potest dubitari, quin Paulus Apostolus ad Cæsarem missus Reus, in Palatio fuerit auditus, ibique innocentiam suam fecerit manifestam, ut Philippensibus narrat: Cumque id in Prætorio factum esse referat, nihilo magis dubium esse potest, quin Prætorium, quod vocat Apostolus, apud Palatium fuerit; Ibi, Dion Cassius ait, Augustum habuisse *ςρατήγιον lib. 53.* quod aliter nemo quam *Prætorium* vertit. Ille quidem ibi locum, apud quem milites stationem habebant, intelligit, sed apud Prætorium semper fuit statio militum prætorianorum & sedes jurisdictionis, ut dissentientes fatentur; quare nec fieri potest, quin utrumque pariter in Prætorio Palatino fuerit: quo respectu præfectus Prætorio inter Magistratus civiles apud nos refertur. Quamobrem Prætorii nomen de Palatio vel ejus parte, vulgo minus usurpetur, & quæ huc præterea spectant, suum ad locum referantur.

Huc magis pertinet, quod diximus esse nobis propositum, jus Romanum eo modo tradere, ut Institutio ejus Academica ad Fori disciplinam utilis esse possit, quam rationem servatam fuisse veteribus, illorum Scripta loquuntur, eandem ab omnibus, qui recte consulunt & Jurisconsultos formare cupiunt, etiamnum esse imitandam, ratio manifesto dictat.

In parte Prælectionum prima, quæ est ad Institutiones, id ipsum equidem in conspectu habuimus; sed quia Pandectarum Auditores judicii maturitate & spe propinquiore, tractandis rebus studiisque suis ad usum deducendis admoventur, heic apertius

 id

id agendum arbitratus sum; quo simul & qui in Foro sunt recentes, ad eundem finem adjuvarentur, ut quemadmodum Studiosi cum fundamentis theoreticis usum eorum forensem præsumerent, ita qui jam Foro se commisissent, dum exempla tractatusque rerum, quibus utimur, legunt, ad theoretica principia revocarentur; nec ullam praxin nisi ex theoria profluentem, dari intelligerent. Inter paucos Scriptores, qui hoc institutum cum successu in publicum promoverunt, mihi quidem visos, optarem diutius uti licuisset scriptis ANTONII MERENDÆ Itali, quorum ad paucos dies usus mihi concessus ita salivam movit, ut quovis pretio illas, si copia fuisset, comparassem. Adeo neminem, qui felicius acumen theoreticum judicio conjunxerit practico, sententiasque forenses ex intima juris ratione potius, quam auctoritate doctorum infinitisque citationibus deduxerit, videre mihi contigit. Simul qui factum sit mirari subiit, ut longe minor operum tanti viri sane, vix tertia pars, in his regionibus, etsi nullius scribendi ratio nostratium eruditorum gustui sit convenientior, unquam visa & cognita fuerit: dignissimus Auctor, qui rediviva luce donetur. Sed ego antequam præfari desinam, non celabo nomina nobilium & præstantissimorum Juvenum, qui præcipuas hujus tomi materias, antequam ad editionem elaboratæ fuerunt, publicis exercitationibus ventilaverunt. Etsi enim lex vocationis meæ, nihil quam ad studiosis aditum apud penates meos præbendum me obliget, excitando tamen disputandi studio publicæ commissiones aptiores existimatæ sunt. Nomina sunt hæc;

JOHANNES AB HEUVEL. *Venâ Frisius.*
JACOBUS EPPINGA. *Leov. Frisius.*
SIBRANDUS HARTIUS. *Leov. Frisius.*
JOHANNES a BENCKENDORFF. *Regiom. Borussus.*
JACOBUS ADRIANUS VAN BORSELE VAN DER HOOGHE. *Hagâ Batavus.*
JACOBUS DE MUINCK. *Mediob. Zeeland.*
JACOBUS DIRICKZ. *Amstelodamensis.*
GOTFRIDUS MULLER. *Anhaltinus.*
ANDREAS MULLER. *Anhaltinus.*
HABBO WESTENDORPH. *Frisius Orient.*
MARCUS ALEXANDER TILIKING. *Groninganus.*

INDEX

INDEX QVÆSTIONUM
PARTIS II.

129. An

361. Fun-

❧) • * • (❧

INDEX DECISIONUM,

quæ

IN PARTE II. PRÆLECTIONUM

Exemplis rerum in Suprema Frisiorum Curia post Sandii tempora judicatarum illustrantur; Una & altera, quibus stellulæ præfixæ, in Sandio reperiuntur, sed heic illustrantur aut ampliantur, vel in diversum disputatur.

32. Cau-

III.

184.

184 Qui in publica venditione, scripto certum pretium complexus est, & mox rogatus quid scripserit, minus a se scriptum affirmat, non videtur ultra quam ex continenti viva voce dixit, teneri, aliter tamen in hypothesi judicatum l. 18. t. 1, 5

185 Emptio potius quam permutatio videtur, si pro re aliqua partim res alia, partim pecunia detur, nisi res evidenter prævaleat 6

186. Emptor pretium simpliciter pollicitus pro re, quam scivit, non totam esse venditoris, totum, quod promisit, pretium solvere debet, sine deductione respectu partis alienæ 7

187. Fundo tot jugerum vendito, si plus minusve repetiatur, pretium regulariter crescit vel decrescit, nisi ad speciem sive corpus vendatur, quin etsi ad speciem vendatur, addito, ut sit, *soo groot ofte kleen* &c. ex justa tamen causa dari diminutionem pretii pro rata, ob notabilem discrepantiam 8

188. In metiendo agro vendito si numerus jugerum conveniat, etiam computari vias vicinales & arundineta juncosaque palustres, quatenus falces pertingunt 9

189. Aliquis vendidit sub clausula *constituti*, fide tamen de pretio habita ultimis pensionibus non solutis, si rem iterum publice emerit, dicens, se rem suam recipere, nec professus est apud officium vectigalis, quod Reipubl. debetur, quotiens res alienatur, incidit in pœnam commissi 12

190. Mercator, qui hominibus a se emere consuetis merces aliquas mittit domum, pretiumque in rationem refert, videtur habuisse fidem de pretio, nec ideo præfertur aliis creditoribus ibid.

191. Qui res vendidit ei, cujus institutum noverat esse rem aliis iterum distrahere, videtur habuisse fidem de pretio nec præfertur creditoribus ibid.

192. Frater, qui vendidit hereditatem coheredi fratri, non tenetur ad conferendum ipsi, quod a communibus parentibus ipse prius accepit; etsi frater emptor id ignoraverit t. 4, 4

193. In locis, ubi Statutum duas ponit retractus causas, sanguinem & vicinitatem, communio non excluditur, sed distinctam & potiorem vicinia causam retractui præbet t. 5, 12

194. Jus retractus ratione sanguinis cessat, quando res alienatur in remotiorem ejusdem familiæ cognatum 15 sq.

195. Quando duo conjuges, quorum alter est cognatus venditorum, emerunt, cognati ementis, qui retrahere nequeunt, pro parte tamen alterius possunt, ut nec cogantur totum accipere vel toto abstinere 17

196. Quando emptor est vicinus, ei tamen præfertur socius sive qui rem habet communem 19

197. Dominus inferioris ædium partis vendit eam vicino; partis superioris dominus in retractu præferri videtur emptori vicino 20

198. Translata res onerosa est more venditionis in eum, qui non solvere maximum, sed accipere minimum vellet pretium juxta rem; non est locus juri retractus 12

199. Speciale mandatum, quod in retractu pro alio faciendo requiritur, a marito pro uxore retrahente non requiritur 25

200. Retrahens, qui minus offert emptori, quam in instrumento venditionis scriptum est, præsumptione fraudis, si hanc probare nequeat, deinceps quod pretio deest, supplere non potest, sed excidit retractu 26

201. Qui habet jus retrahendi, non videtur emptorem cogere posse, ut promulgationes faciat ante tempus lege præscriptum; aliter tamen esse judicatum 27

202. Qui consensum in emendis rebus soli neglexerunt, in commissum incidunt, sed ut facile ad compositionem admittantur t. 6, t

203. Quod periculum rei venditæ necdum traditæ ad emptorem pertinet, in foris etiam hodiernis ipsoque Frisico adhuc observari 4

204. Colonus emit domum cum horreo impositam fundo, agrosque ei subjectos conduxit ad longum tempus cum pacto solvendi donativum, quoties in alium jus transferretur, sublocavit domum agrosque alii ad aliquot annos, dominus petit donativum; Quær. an debeatur. Varie judicatum l. 1, t. 2, 3

205. Conductor longissimi temporis, qui certas impensas se recepit esse facturum, finita locatione non potest eas repetere, licet ad perpetuam rei causam pertineant 7

206. Impensæ, quæ ex natura contractus fieri debuerunt, etsi per illas fundus sit melior factus, finita locatione a colono repeti non possunt ibid.

207. Dominus prædii finita locatione tenetur ad æstimationem domus fundo impositæ se volente, licet colonus in possessione non sit 9

208. Colonus pro impensis ædium agro impositarum repetendis, habet tacitam hypothecam in agris ad domum istam pertinentibus, utique in Frisia 10

209. Illa tamen hypotheca non extenditur ultra corpus agrorum, non ad fructus, neque mercedes eorundem ibid.

210. Colonus post dimissam possessionem, licet ædium taxatione necdum soluta, non potest agros subjectos denuo occupare 11

211. Sed idem in possessione constitutus non modo ædes jure superficiei suas, sed & agros iis subjectos retinere potest 12

212 Dominus fundi, locatione finita, tenetur ad æstimationem ædium, se volente agris impositarum, etsi non ipse, sed colonus renunciet locationi conductioni 13 sq.

213. Creditores coloni ante finitam locationem jure hypothecæ privilegiatæ non posse petere taxationem ædium a domino fundi 15

214 Colonus qui invito & prohibente domino ædificavit, neque taxationem nec ipsum ædificium repetere potest (sine exemplo tamen decisionis) 16

215. Si vero ignorante vel non consentiente domino ædificaverit, taxationem quidem impensarum petere non potest, materiam tamen domus petere posse videtur ibid.

216. Aliud est, si loco ædificii combusti vel collapsi novas

PRÆLE-

PRÆLECTIONUM JURIS

PARS ALTERA,

Quæ est ad

PANDECTAS,

QUATENUS AB INSTITUTIONIBUS DISCREPANT.

I. Ratio instituti in hoc opere. II. Pandectarum sive Digestorum appellatio. Mos allegandi. III. Divisio & ordo. IV. Ratio, cur in parte priore dicta heic non repetantur. V. Summas Artis non male Paratitla *vocari, secus ac Menagius.*

Consilium nobis est, jus Pandectarum breviter & perspicue, ut in primæ partis initio præfati sumus, ita complecti, ut ea capita, de quibus nihil aut parum in Institutionibus reperitur, ordine justo tractemus; ex cæteris, de quibus ibi ex professo fuit actum, non tam nihil dicamus, quam præcipua & tyronibus ignota excerpamus. Enimvero institutum Juris Conditorum fuisse, ut in Institutionibus præcipua scituque maxime necessaria proponerent, eademque in Pandectis pleniore manu exequerentur, additis, quæ in prima Institutione prætermissa fuerant, satis est manifestum. Si hoc nobis sequendum esset, Commentarius ad Pandectas ingens evadebit opus, nec forte par huic vitæ brevi spatio nobis superfuturo. Sed utcunque vetustatis exempla valde ad animum nostrum pertineant, non minus tamen ita instituimus, ut temporum, quibus utimur, rationem inprimis habendam esse credamus. Idcirco nobis visum est, eaque sententia magis magisque usu docendi apud nos invalescit, Pandectas ita esse tractandas, ut quæ apud Institutiones dicta sunt, eadem scribendo aut explicando non repetantur, nisi quatenus rerum connexio flagitare videatur. Hoc instituto, positiones utriusque Partis, Institutionum & Pandectarum, una editione conjunximus, ut ex illis pariter æquabile corpus fundamentorum Juris exiret. Quæ ad Institutiones sunt, has pridem latiore Prælectionum opere conati sumus illustrare, quod earum brevitas & notitiarum Juris multiplex usus enixe postulabat. Id ipsum juxta Pandectas, si Deus vires largietur, in his paginis satagemus, eo modo, ut vetus dictum, quod semper apprime nobis placuit, ubique sit in conspectu; Τὰ κοινὰ καινῶς. Neque desperamus, idem nobis eventurum, quod gymnasiorum Magistris Hippocrates in libro περὶ τέχνης, pollicetur: Οἱ τῶν γυμνασίων ἐπιμελόμενοι. αἰεί τι προσευρίσκουσι κατὰ τὴν αὐτὴν ὁδὸν ζητοῦντες. *Qui gymnastica dant operam, dum eadem via quærunt, semper aliquid adinveniunt.* Denique, & ad amœnitatem simul, & clariorem dicendorum explicationem facere posse videtur, si quandoque, ubi res tulerit, observationes Juris, exemplis & historiis rerum nostra memoria judicatarum firmatas, illustremus. Sed missa præfatione rem ipsam aggrediemur.

2. (a) Institutiones sequuntur in Corpore Juris Pandectæ, ita dictæ ὡς πάντων δεκτικαὶ τῶν νόμων, quod totum jus contineant, idque in eo digestum sit, unde DIGESTA latine; Hebraice, ut hoc etiam addere liceat, *Colbo*, Liber *in quo omnia* sunt, cujusmodi inter Judaicas Commentationes celebris extat Codex. Compositæ sunt Pandectæ e duobus librorum millibus, triginta septem autoribus, quorum nomina singulis excerptis sunt præscripta, ut auctoribus sua laus maneret, non ut conditores operis habeantur; nam id totum Imperator suum fecit, & sua solius omnia vult censeri, *Const. tanta. §. 1. & 10.* quod eo pertinet, ut quando Jurisconsulti in Pandectis contraria scribunt, ea tamen pro antinomiis non habeantur, si dein Cæsar consentanea prioribus referat. Exemplum est in *l. 6. §. ult.* cum *l. sequ. ff. de Rer. divis.* juncta *l. 6. §. ult. ff. de Relig.* quas antinomias esse, vult vehe-

(a) *Pos. 1. & seqq.*

istum titulum pertinentia reperiuntur, ut multa auctoritate probat Menagius *amœn. jur. cap. 15.* sed idem non videtur habere tantundem rationis, quando negat, summarias Titulorum notitias recte *Paratitla* vocari, ut adhuc existimatum est. Nam mihi plane videtur Justinianus loqui de talibus summis in *Constit. de concept. Dig. §. 12.* in his verbis; *sufficiat per indices tantummodo & titulorum subtilitatem, quæ παράτιτλα nuncupantur, quædam admonitoria ejus facere.* Quid enim aliud sunt nostræ titulorum *summæ*, quibus utimur, quam indices, & admonitoria, & titulorum subtilitates, hoc est, notitiæ breves titulorum? Videntur igitur paratitla esse, quicquid ad oram titulorum παρὰ τίτλα, notitiæ gratia adjicitur; adeoque Cæsaris verba, summariis evidentius, quam juribus fugitivis, hoc est non suo loco sitis, convenire videntur. Verba per indicem explicat Theoph. ad *§. ult. I. de Publ. jud.* διὰ συντόμου παραδόσεως.

TIT. I.

De Justitia & Jure.

I. Cur hic de Justitia plenius. Definitio ejus exponitur philosophice & primo Genus. II. Differentia. III. Divisio. IV. Et heic definiri particularem Justitiam, quæ dicitur. V. Distributiva & commutativa Justitia confertur cum Expletrice & Attributrice. VI. De proportione Justitiæ in Contractibus & delictis. VII. De sententia illorum, qui unam modo speciem Justitiæ agnoscunt. VIII. Præstantia divisionis Grotianæ præ Scholastica. IX. Quo sensu Jus a Justitia sit dictum. X. Quotuplex sit Jus. XI. Bonum & æquum an diff. ubi de Æquitate. XII. Ejus divisio in Legislatoris & Judicis, in naturalem & civilem. XIII. Usus ejus duplex. XIV. Exemplo rei judicatæ declaratus.

Diximus, id non agi, (a) ut titulos cum Institutionibus parallelos, ordine justo apud Pandectas repetamus: verum singularia & in parte priori indicta, subinde adspersum iri: quare *Tit. 1. de Just. & Jure* præterire poteramus. Sed, quia in parte prima minus copiose, quam res postulat, de Justitia differuimus, placet heic paulo plenius agere. Definitionem habuimus, etiam quo sensu voluntas dicatur, scil. pro consilio & proposito. Alii tradunt, justitiam dici voluntatem per metonymiam subjecti pro adjuncto. Nam proprie *Voluntas* est facultas mentis, qua aliquid appetimus aut fugimus, quæ juxta intellectum totam ipsamque mentem hominis repræsentat; virtutes autem, ipsaque Justitia, sunt habitus voluntatis. Sed revera *voluntas* significat animi consilium. Philosophi facultates in mente statuentes, hoc vocabulum ex medio usu populari ad suum stylum transtulerunt. Ideoque illis, non Jurisperitis, opus est tropi excusatione. D. Amesio *5. consc. 2. n. 2.* non placet hoc genus *Voluntas*, quia non est proximum; at sic rarissime definitio apud nos subsisteret, ne quidem ipsa Jurisprudentiæ. Sufficit nostris, definitum distinguere ab aliis rebus. Dialecticam ἀκρίβειαν non æque curant, nec opus est adeo. Sequitur in definitione, *Constans & Perpetua.* Vulgo hæc synonyma putant, non Theophilus, qui distincte σταθερὰ καὶ διηνεκὴς vertit, eodem discrimine, quo Aristotel. *2. Nicom.* 4. conjungit, & tamen discernit τὸ βεβαίως agere, & ἀμετακινήτως, *firmiter, ac immutabiliter.* *Constans* igitur voluntas, est propositum grave, deliberato & stabili judicio subnixum, & habitu confirmatum, cujus notam ponit philosophus, si quis agat οὐκ ἀχθόμενος, sed αὐτῷ τούτῳ χαίρων, si quis cum lætitia & voluptate animi agat. *Perpetua* voluntas est διηνεκὴς, vel ut Aristoteles explicat, ἀμετάπτωτος, quæ nunquam mutetur, quod in vera virtute requiritur. Sic Tullius *1. de LL.* virtutem, ut nos Justitiam, appellat constantem & perpetuam rationem vitæ, *ibidemque* vitium vocat inconstantiam. Sed quorsum hæc, cum talis constantia non cadat in hominem? Qui enim Stoicis & Cynicis credat, ἀναμαρτήτους εἶναι σοφὸς, *sapientem peccato vacuum?* Laert. *in Zen. & Mened.* Nos scimus, justum cadere septies, quem illi ἀπερίπτωτον affirmabant, *qui labi non posset.* Quosdam hic scrupulus eò compulit, ut cum Accursio justitiam divinam hic definiri, inepte putent. Plerique respondent, finiri hic justitiam, non ut est in concreto & in individuo, sed ut est in idea & abstracto, velut

(a) *Pos. 1. 2. 3.*

Plato Remp., Stoici sapientem, Tullius oratorem, alii res alias describunt. Nescio, an Philosophia hunc sensum recipiat. Justitia crebris actibus acquiritur, cum voluptate & constantia exercetur, 2. *Nicom. 3. & 4.* ἕξις ἀφ' ἧς δικαιοπραγῦσι καὶ βύλονται τὰ δίκαια, Habitus est, per quem volumus & agimus juste, ut Aristot. *5. ad Nicom. c. 1.* docet. Hæc & alia clare ostendunt, Philosophus justitiam, ut inest homini, definire, nec secus de aliis virtutibus agunt. Actio ex habitu non potest, nisi ad certum subjectum referri; & cum nostri Philosophorum verbis utantur, quidni & sensus sequantur? Illa idea & abstracti explicatio, potius ei quod justum est convenit, quam virtuti justitiæ. Mallem dicere, hominem justum actu primo constanter & perpetuo esse talem, non secundo, sive actu exercito; Affectu, non effectu. Ergo etsi aberret quotidie, non tamen desinit esse justus, modo voluntas & propositum maneat. Paucis actibus non acquiritur habitus, paucis non amittitur. Justus aberrans ἀδικεῖ μὲν, ἄδικος δ' ἐκ ἐςὶ. Injuste quidem agit, non tamen injustus est; Rationem reddit Philosophus *5. Nicom. c. 6.* quia tunc agit ἐ διὰ προαιρέσεως ἀρχὴν, ἀλλὰ διὰ πάθος, *non ex deliberata electione, sed affectu abreptus.*

2. (b) Sequitur differentia in definitione, *Jus suum cuique tribuendi.* Ita Plato ex Simonide 1. *de Rep.* τὸ τὰ ὀφειλόμενα ἑκάςῳ ἀποδιδόναι, δίκαιόν ἐςι. Justitia est, cuique quod debetur tribuere; Nam ἀποδιδόναι latinis Plato quam *restituere* accipit, ut ex sequentibus liquet; Paulo ante addiderat τ' ἀληθῆ τε λέγειν, vera dicere, quo non veracitas, sed fides, quæ est vinculum commercii & vitæ, significatur. Justinianus ait *suum* tribuere, Plato quod *debetur*, quæ voces solent alias opponi in Jure; hic sunt unum idemque. Cicero justitiam ait esse, quæ cuique jus suum & dignitatem tribuit, *2. de Invent. & 3. ad Herenn. a princ.* Per jus intelligit quod plene & perfecte ad nos pertinet, ut quod in dominio, vel in credito est. Per dignitatem, quæ probabili nobis ratione, non tamen necessario debentur, neque exigi possunt, ut bene meritis præmia, egentibus subsidium; hæc etiam Aristoteles ad ἀξίαν sive *dignitatem* refert. *5. ad Nicom. 1. & 2.* Nostri per Jus intelligunt facultatem moralem, quæ competit ad juste aliquid habendum vel agendum, sub qua & dignitas comprehenditur, ut docet Grot. *1. de Jure B. & P. cap. 1.* & mox videbimus. Dicitur *tribuendi*, non tribuens, ut Theophilus, vel potius *Viglius*, vertit, νέμυσα, quia sic efficacius officium hominis justi & usus justitiæ exprimitur; unde Aristot. ἕξις ἀφ' ἧς δικαιοπραγῦσι, ex quo juste homines agunt. At suum cuique aliter privatus, aliter Magistratus tribuit. Ille, si nec plus sibi, nec alii minus quam oportet, tribuat; Hic etiam cogendo cives ad æqualitatem. Obiter notandum, rationem fugisse D. Amesium in carpendis JCtis *d. l. 5. c. 1. in princ. & §. 19.* dum jus suum cuique tribuere in definitione Justitiæ, nihil aliud esse tradit, quam facere quod jus & justum est; nimirum, jus hic pro æquo & bono accipit; inepte, cum ad personas referatur, & qualitatem habendi aliquid agendive significet, ut dictum *modo*, & dicetur *inferius*.

(b) *Pos. 4. 5.* (c) *Pos. 6.*

3. (c) Dividitur Justitia in universalem & particularem. Universalem Aristoteles finit *5. Eth. c. 1.* ἀρετὴν τελείαν πρὸς ἕτερον. *Observantiam omnium virtutum erga alios.* Verbum τελείαν non tam de perfecta, quam universa virtute intelligimus. Mox enim ait, ὅλην τὴν ἀρετὴν, *totam virtutem*, omnesque in ea virtutes contineri; nec differre a virtute in genere, nisi quod hæc ad subjectum, cui inest, Justitia ad alios referatur & ad usum in societate civili. Unde eleganter eam τελείας ἀρετῆς χρῆσιν, universæ virtutis exercitium vocat. Scholastici universalem Justitiam non eam dicunt, quæ tam late quam virtus ἁπλῶς *in genere* sumpta pateat, sed quæ reliquarum virtutum actus ad suum finem & commune bonum referat. Thom. *2. qu. 58. art. 2.* At sic ipsa particularis Justitia fiet universalis, idemque de charitate prædicari posset, ad quam omnes virtutes ordinantur, ut absque ea laudem nulla mereatur. Quod autem Aristotelem voluit hoc sensu Justitiam vocare *totam* virtutem, id falsum esse, ex iis, quæ dicta sunt, liquet, & ex versiculo quem citat, ἐν δὲ δικαιοσύνῃ συλλήβδην πᾶσ' ἀρετή 'ςι. Justitia particularis ἡ κατὰ μέρος est, cui τὸ ἄνισον καὶ ἡ πλεονεξία opponitur, inæqualitas distribuendi bona externa. Hinc definitur, quod doceat, *ne quis e bonis externis sibi plus lucri, aut alii plus oneris tribuat, quam oportet.* Estque duplex, ἓν μὲν εἶδος τὸ ἐν ταῖς διανομαῖς, una species *distributiva*, ad ἀξίαν ad dignitatem refertur, inque præmiis & honoribus

bus versatur, ἐν δὲ τὸ ἐν τοῖς συναλλάγμασι διορθωτικόν, altera, quæ in contractibus, est correctiva, vel, ut vulgo, *commutativa.*

4. Cæterum, nostra definitio procul dubio ad particularem tantum Justitiam pertinet, licet multi dissentiant. Prorsus enim est eadem, quam Plato & Cicero habent, ut dictum *th. 2.* At Plato de fide servanda & eo quod debetur loquitur, Cicero divisionem quoque particularis Justitiæ Aristotelicam, sua definitione expressit; uterque definitum τῇ πλεονεξίᾳ, sive cupidini plus suo habendi, opponit, quod particulari tantum convenit: & res ipsa loquitur, suum cuique non tribui cunctis virtutibus, ut fortitudine, temperantia, modestia &c. Sed excipiunt Viri Docti, suum cuique tribuere ita hic accipi, ut latum Justitiæ officium exprimat, quod est suum cuique tribuendo omnium virtutum actus ad suum finem & commune bonum perducere. Soto *3. de Just. & J. qu. 2. art. 5. & 7.* Verum ita non Philosophus, sed abusive Scholastici loquuntur, ut *supra* vidimus. Justinianus quidem in *princ. N. 69.* prædicat de Justitia, quæ jura omnibus distribuit, quod reliquæ virtutes ejus bona subsequantur; sed prædicat hoc, ut de præcipua virtute, non quæ omnes comprehendat, de particulari inquam, sine qua cæteras nihil prodesse affirmat, quod idem de charitate Apostolus tradit *1 Corinth. 13.* Sed movet viros doctos, quod Legislator omnes virtutes sibi proponat civibus inculcandas, *d. l. 5. ad Nicom. c. 1.* unde & universalis Justitia vocatur νόμιμος legalis, *d. cap. 1.* quæ proinde legali scientiæ optime conveniat. Sic est, Legislator non certam, sed omnes civibus virtutes commendat; non sancit tamen alias, quam quæ neglectæ societatem communem lædunt. Nostri sane Auctores de externis modo rebus præmiisque & pœnis præcipiunt, de cæteris, quæ ad Rempubl. animique beatitudinem spectant, nihil aut parcissime agunt. Ideoque eam Imperator justitiam definivit, de qua imprimis & prope sola acturus erat, non quæ toti virtutum choro, Ethicisque & Politicis artibus æquaretur.

5. Speciebus Justitiæ, Distributivæ & Commutativæ, duplicem Philosophus differentiam adscribit. Unam a subjecto, alteram a modo tribuendi suum cuique. A subjecto, distributivam in collatione ἢ τιμῆς ἢ χρημάτων, honorum, & pecuniariis præmiis; commutativam ἐν τοῖς συναλλάγμασιν, in contractibus versari docet. A tribuendi modo; in distributiva servari Geometricam sive comparatam proportionem, quæ dignitatis & personarum discrimen spectat; in commutativa simplicem & arithmeticam, quæ jus æquum summis & infimis partiatur. Utraque differentia laborat; Nam quorsum jus repetendi quod suum est, referet? non ad honores aut præmia, neque ad contractus. Quin & fieri potest, ut comparatæ proportioni sit locus in contractibus, simplici in honoribus, quod Grotius probat *1. de J. B. & P. c. 1. n. 8.* Quapropter idem ὁ μέγας, species Justitiæ a subjecto solo distingvit, ut una versetur circa jus stricte sumptum, quod est plenum & perfectum, altera circa dignitatem, quam explicavimus *th. 2.* Jus perfectum, facultatem; quod ad dignitatem spectat, aptitudinem appellat. Justitiam, quæ cuique suum ex facultate tribuit, *expletricem*, quæ ex dignitate, *attributricem* vocat. Nos Aristotelis terminis utemur, ut tamen discrimen ratione subjecti præcipue spectemus. Distributiva sit, quæ in præmiis & honoribus: Commutativa, in contractibus aliisque juribus plenis versetur. Proportio quidem Arithmetica dominatur in Commutativa, Geometrica in distributiva, ut tamen utraque species utramvis aliquando recipiat; unde Harmonicam proportionem Bodinus excogitavit, minus necessario, ut Præceptor olim Noster D. Matthæus judicat ad *lib. ff. 48. tit. 18. cap. 4. n. 7.*

6. (d) Aristoteles συναλλάγματα, *Contractus*, dividit in ἑκούσια & ἀκούσια, *voluntarios & invitos.* Voluntarii sunt, quos proprie Contractus JCti appellant, per invitos delicta intelligit, quod & nostri aliquando imitari videntur, in *l. 1. d. LL. l. 20. de Jud.* Hinc in pœnis irrogandis Arithmeticæ proportioni locum Aristoteles dare videtur, *d. l. 5. cap. 4.* In puniendo Lex, ait, personis æqualibus utitur, χρῆται ὡς ἴσοις, nec probat contrarium D. Matthæus ex *cap. 6.* nam ibi contra Pythagoricam talionem disputat, & inæqualitatem urget, non ex personis, sed ex damno, ut distinxerat *c. 4.* Legem in puniendo non personas distinguere, verum τὴν τοῦ βλάβους διαφοράν, *damni differentiam.* Quod ad rem attinet, maleficia proprie non conveniunt justitiæ commutativæ; hæc enim ejus est naturæ, ut debitor rem ejusdem valoris solvat creditori, quæ paritas æstimationis non est inter pœnam & delictum, etsi pœna eleganter *æstimatio* dicatur in *l. 41. D. de pœn.* Igitur fru-

(d) *Pos. 7. &c.*

stra urgeas proportionem Arithmeticam, quasi in contractu. Recte D. Matthæus *d. loc.* ita: Cum civiliter agitur ad mulctam, simplex proportio servetur; sed cum criminaliter ad publicam vindictam, personarum discrimen excludi nequit. Ita Jus nostrum pro conditione & dignitate personarum pœnas varie infligit, *l. 2. de term. mot. l. 3. §. 2. Stell. l. 28. §. ult. de Pœn.* Nec ratio deest. Præmiis & pœnis, ut Plato dicebat, Respublica continetur. Proinde si ob idem meritum remuneratio pro dignitate personarum major vel minor sit, quidni in pœnis idem admittatur? Eadem est ratio absterrendi a vitiis, quæ est alliciendi ad virtutem. Et cum pœnarum aliæ plus aliis tormenti & turpitudinis habeant, iniquum fuerit, omnem meritorum, natalium, sexus, ætatis differentiam tolli. Ne quis tamen putet, hac ratione potentes & nobiles ad scelera provocari, sciendum, id perpetuo servari, gravia delicta in omnibus personis graviter, levia leviter coercenda, nec dignitati plus tribuendum, quam ratio recta & salus populi patiatur. Ideoque dubito, an totum genus pœnæ ex personali respectu mutari debeat, ut capitalis adversus viliores, fiat non capitalis in honestioribus, quod Jus nostrum aliquando permittit, *l. 3. §. pen. ff. ad L. Corn. de Sicar.*

7. Hactenus secundum receptam in Scholis doctrinam. Contra quam alii, nuperque D. Vinnius ad *pr. tit. Inst. d. J. & J.* ex Bach. ad *τὰ πρῶτα de Justit. n. 8.* tentat unam modo Justitiæ speciem dare, cujus oppositum sit *τὸ ἄνισον inæqualitas*, seu *πλεονεξία*, quam volunt omnibus certo modo virtutibus opponi; ut etiam adulter & qui ex acie fugit, sit *πλεονέκτης*, non qua libidinem explet, vel timet, sed qua thorum alienum violat, aut patriam prodit; quod est contra Aristotelem, qui *d. l. 5. c. 2.* *πλεονεξίαν* negat aliis virtutibus applicari posse, sed generalem injustitiam, quam *παρανομίαν* vocat, uni semper reliquarum virtutum adversari. quo argumento particularem *τὴν ἐν μέρει δικαιοσύνην*, esse distinctam virtutem evincit. Nos pro defensione Justitiæ particularis, copiose disputavimus in *lib. 1. Digress. c. 8. & 9.* Nec est aliter quin vere particularis *ἡ ἐν μέρει δικαιοσύνη*, distincta detur ab aliis virtutibus, si *πλεονεξίαν*, cupiditatem habendi plus suo, *τὴν ἀπὸ τοῦ κέρδους*, eam, quæ est lucri causa, intelligamus cum Aristot. *5. Ethic. c. 1.* Cum enim nihil hoc vitio frequentius sit, nec alia virtus, quæ id coërceat, existet, nihil supererat, quam ut specialis virtus huic vitio respondens cum Philosopho statueretur, ut multis etiam Hereboordius *disputat. Eth. de Just.* probat. Tamen fatendum est, quando Justitiam cum Grotio dividimus in Attributricem, & Expletricem, quemadmodum fecimus *l. 1. Inst. tit. 1. n. 2.* fieri posse, ut oppositione justitiæ particularis ad universalem careamus; modo tum *πλεονεξία* latius accipiatur pro quavis cupiditate habendi fruendique eo, quod ad alium pertinet, non modo si in pecunia, verum & si in honore, pudicitia, cæterisque affectionibus consistat, ut fere disserit D. Vinnius *d. loco.*

8. Præstantia divisionis Grotianæ, (quæ tamen a veteribus est petita, ut probavimus *d. lib. 1. digress. cap. 8.*) inter alia colligi potest ex eo, quod de pœnis delictorum quæri solet, ad utram justitiæ speciem pertineant; est enim perplexa quæstio, si de justitia commutativa & distributiva, proportionibusque Arithmetica & Geometrica quæratur: Res expedita erit, quando expletricem & attributricem usurpamus Justitiam. Nam ad expletricem haud dubie referendæ sunt pœnæ, quia nemo punire potest, nisi qui jus plenum & perfectum habet puniendi, nec puniendus quisquam, nisi qui plene id meritus, idque sua quasi voluntate, gnarus crimina subjacere pœnæ. Unde Aristoteles delicta contractus involuntarios vocat *5. ad Nic. 2.* proinde ut in contractu æqualitas circa mutuas præstationes servatur; ita pœnalis justitiæ fundamentum est æqualitas inter pœnam & culpam. Grot. *l. 2. c. 20. §. 2.* Ergo ubi culpa est æqualis, pœnam quoque æqualem esse oportet, quod tamen non impedit, quo minus genera pœnæ pro diversitate personarum temperari possint; cum enim pœnarum aliæ plus aliis tormenti & turpitudinis habeant, iniquum foret, omnem meritorum, natalium, sexus, ætatis differentiam tolli, quo respectu pœnæ in thesi dispares, in hypothesi diversis applicatæ personis, pares censeri possunt, quæ est juris ratio in *l. 2. de term. mot. l. 3. §. 2. Stellion. l. 21. §. ult. de Pœn.* sed in hac moderatione summa opus est prudentia, ne plus personis tribuatur, quam ratio recta & salus populi permittat: ideoque jure dubites, an totum genus pœnæ ex personali respectu mutari debeat, ut capitalis adversus viliores, fiat non capitalis ad-

versus honestiores, quod jus nostrum aliquando permittit, *l. 3. §. pen. ad L. Corn. de Sic.*

9. Jus (hæc pars altera tituli) a Justitia appellatum est, ait *l. 1. in pr. h. t.* eodem sensu, quo Cic. *3. de LL.* & Aug. *2. de Civ. Dei c. 21.* jus esse dicunt, quod de justitiæ fonte manavit; utique non de Grammatica, sed Logica derivatione loqui JCtum, textus loquitur: jus a justitia appellatum est, ait, nam jus est ars æqui & boni, Etymologiæ rationem ex definitione utique reali petit. Quin etiam dicere licet, nomen ipsum Juris ab Justitia esse petitum; cum enim primum Ars legum componebatur, auctores ejus aliunde nomen petere non potuerunt, quam quod Justitia illis monstrabat; quæ & ipsis hanc scientiam inspiraverat, & quam pro scopo disciplinæ suæ perpetuo sibi proponebant. Ergo ejusdem conjugationis vocabulum huic arti indiderunt: Nam Justitia & Jus sunt ejusdem originis. Porro, quot modis Juris vox sumatur, diximus in *Part. 1. tit. 1. num. 6.* Nec est, quod heic addamus. Sed apponam, quod Vir Clar. *Christianus Thomasius*, Scholii loco, de significatione *Juris* pro *facultate habendi aut agendi*, per omnes juris legalis species exactum, huic loco adjiciendum putavit.

10. *Qui felicem in Jurisprudentia progressum optat, ei necesse est, ut duos Juris significatus a Grotio distincte propositos*, Lib. I. cap. 1. *sed non ubique in tractatione ipsa distinctos, & plerumque a JCtis antiquioribus etiam confusos, probe inter se secernat. Placet ergo rem sequentibus positionibus includere.*

1. *Jus sumitur vel pro attributo personæ, vel pro Lege.*
2. *Illud est qualitas moralis activa, personæ competens ad aliquid juste habendum, vel agendum.*
3. *Estque vel perfectum, vel imperfectum.*
4. *Perfectum (Facultas Grotio* d. l.) *est, cujus vi alterum juri huic meo sponte non satisfacientem, cogere possum in civitate per actiones, extra eam per bellum, e.g. jus patriæ potestatis, jus dominii, jus ex empto.*
5. *Imperfectum (Aptitudo Grotio) est, cujus vi alterum cogere nequeo, sed saltem pudori eorum, qui mihi vi hujus juris aliquid debent, ad implementum ejus relinquitur, ut jus ad habendas eleemosynas, jus ad antidora, jus fratris inopis ad hereditatem fratris divitis.*
6. *Jus perfectum, seu facultas, terminatur vel in personis & earum actionibus, vel in rebus nostris.*
7. *Illud Imperium est, stylo juris Romani* Jus Personarum, arg. rubr. Instit. de Jur. Person. *vel* dominium *in significatu latissimo & abusivo* l. 195. *§. 2.* de V. S. l. 126. eod. Struv. Ex. XI. th. 3.
8. *Estque vel publicum Magistratuum in subditos, vel privatum seu domesticum parentum in liberos, & huic analogum, tutorum in pupillos, mariti in uxorem, domini in servos.*
9. *Jus in res nostras, in genere consideratum, dicitur Philosophis* Dominium late *acceptum, quatenus imperio opponitur. Nec hic significatus juri Romano est incognitus.* Vide l. 22. 23. C. de Procur. l. 2. C. per quas pers. nobis acqu. Struv. d. l.
10. *Sunt vero res nostræ, in quibus terminatur facultas, vel corporales, vel incorporales seu jura.*
11. *Jus in res corporales nostras, vocatur* Dominium strictissime, *vid. Autor.* Part. I. ad tit. de R. D.
12. *Jus nostrum, in quo terminatur facultas, iterum terminatur in rebus alienis, vel certe non consideratis ut nostris, aut immediate & actu secundo, ita ut personarum consideratio sit secundaria, aut mediante personarum facto & actu primo, ita ut personarum consideratio sit primaria.*
13. Illius *exemplum esto jus servitutis & pignoris. Et hoc jus una cum Jure in res corporales nostras communi nomine venit* juris in re, *seu* dominii stricte *accepti.* vid. Struv. d. l. Autor. *d. l.*
14. Hoc *nihil aliud est, quam dominium obligationis stricte acceptæ, stylo communi JCtorum* Jus ad rem.
15. *Ulterius, facultas distingvitur in vulgarem, cujus subjectum est privatus, & eminentem, quæ scil. est penes eum, qui τὸ κύριον gerit in Republica; Ad utrumque potest applicari divisio præcedens. Nam imperium est, vel vulgare, vel eminens,* Auct. P. 1. p. 21. *Eadem ratio est Dominii stricte accepti & Juris ad rem.* Conf. Grot. *d. l.*
16. *Denique, ratione causæ efficientis, Jus pro facultate sumptum est vel* Naturale, *cujus autor est Deus, vel* Gentium, *quod dependet a moribus & pactis gentium, aut plerarumque, aut notiorum; vel* Civile, *quod descendit ex voluntate*

tate Principis. Illius exemplum esto potestas maritalis, parentum &c. Istius, Dominium, & *jus ex contractibus plerisque ortum, item jus bellorum, servitutum &c. Hujus, potestas patria & dominica, quatenus in res se extendit, dominium Quiritarium, jus ex stipulatione ortum &c.*

17. *Cave autem, ne divisionem praecedentem Juris, in Naturale, Gentium & Civile, confundas cum ea, qua Lex ita dicitur. Et eo magis cave, quo magis haec confusio etiam a Viris eruditis vix evitari solet.*

18. *Venio ergo ad Jus pro Lege acceptum. Lex est jussus superioris obligans inferiores, ut secundum ejus praescriptum actiones suas instituant.*

19. *Estque vel divina, vel humana.*

20. *Subdivisionem utriusque jam dedimus* ad Institut. h. t. n. 21. lit. a. p. 4.

N. ADDIT.

Jam vero pauca quaedam monenda habeo ad Scholium praecedens pertinentia. Initio mallem jam abstinere a distinctione Juris Grotiana in perfectum & imperfectum; cum Grotius videatur eam excogitasse ad ostendendam differentiam inter justitiam commutativam & distributivam. Uti vero haec ejus explicatio doctrinae Aristotelicae, displicuit ejus Commentatoribus; ita alibi jam notavimus, totam distinctionem justitiae Aristotelicam, ejusque doctrinam difficilem ac intricatam, parum prodesse Studioso Sapientiae & Jurisprudentiae. vid. Inst. Jurispr. div. l. 1. c. 1. §. 186. *Porro autem jus imperfectum juris nomen non mereri, & in ejus explicatione, virtutis aut decori praecepta misceri cum praeceptis justitiae, jam docuimus* in Fundam. jur. nat. & gent. lib. 1. c. 5. praeprimis §. 23. seqq. *Deinde usus positionis 17. in Scholio praecedente potissimum consistit in eo, cum quaeritur de mutabilitate & immutabilitate juris Naturae & Gentium. Nam Jus Naturae & Gentium pro lege acceptum, est immutabile. At omne Jus, quod facultatem denotat, mutabile est, etiamsi sit Jus Naturae vel Gentium, e. g. jus venandi, &c.*

11. Caeterum, in definitione Juris, bonum & aequum proculdubio id quod justum est significat; nam finis juris est justitia, & subjectum fini adaequatum esse oportet. Justum est, quod non violat societatem humanam, ut Grotius *lib. 1. de J. B. & P. c. 1. n. 3.* Bonum igitur & aequum sit, *quod ratio dictat convenire cum natura humanae societatis.* Duo haec verba ἐκ παραλλήλε posita, magis se mutuo illustrare, quam diversum quid significare videntur, nisi cum Wesenbecio in *paratit. de J. & J. §. 14.* aequum dicere malis, quod natura tale est; bonum, quod est utile in societate civili, quanquam a simplicitate naturali nonnihil deflectat; quae distinctio minime inepta est. Hoc aequum est anima legis, ratio summa & aeterna Ciceroni *1. de LL.* Cum qua si lex vere pugnet, solus Princeps eam corrigit, *l. 1. C. de LL.* si verba pugnare videantur, Judex artem aequitatis adhibet, *l. 8. C. de Judic.* quae ita non adversantur *d. l. 1.* Quid est ars aequitatis illa? Benigna & humana juris scripti interpretatio, pro diversitate singularium, non ex verbis, sed mente Legislatoris facta. Opponitur juri stricto *d. l. 8.* quod pro rigida verborum captatione accipitur, plane ut Aristoteles ἐπιεικέιαν opponit τῷ ἀκριβοδικαίῳ, quod Cicero pro Cecin. vertens *jus summum* vocat, item *callidum & versutum jus*, quod *verbis & literis nitatur.* Scriptum jus sequi calumniatoris est, ait; boni Judicis, voluntatem Scriptoris. Variis id exemplis illustrat. Edictum Praetoris est pro *vi dejectis;* verba ei tantum, qui *praeceps de superiore loco sit actus*, conveniunt, mens Edicti omnem vim notat. Item *actio est*, ait, *in praesentem actorem his verbis, Quando quidem te in jure conspicio. Hac actione Appius ille Caecus uti non posset, si verba &c.* Aristoteles aequitatem ἐπανόρθωμα τῦ νομίμυ vocat *5. Nic. c. 10.* correctionem Legis; intellige, verborum: Nam si ipse mens Legis sit iniqua, solus eam, qui jus condendae Legis habet, emendat, *ut modo dictum.* Judicis tunc nullae sunt partes. Exemplum pete ex *l. 12. §. 1. D. qui & a quib. manum.* ubi πολυθρύλλητον illud, *Totum id quidem durum, sed tamen lex ita scripta est.* Plura super Aequitate disputavimus in *lib. 1. Digress. cap. 6.*

12. Secundum haec, Aequitas duplex statui posse videtur; una Judicis, altera Legislatoris. Illam habuimus. Haec iterum est duplex; Naturalis vel Civilis. Naturalis considerat res in simplicitate primaeva & generali. Civilis cum ea respectum publicae utilitatis alicujus civitatis conjungit. Demus exemplum; Ut mulier obligans se pro alio fidem servet, aequum est in universum: sed imbecillitas in refutandis precibus hominum, qui in angustiis rerum suarum constituti opem petunt, dum nihil in praesenti sit expendendum, dedit experientiam, publice damnosas videri

videri mulierum intercessiones; maxime cum & verecundiam sexus, viros quasi sub tutela sua complecti, excedere videretur: quamobrem lata lex est, prohibens mulierum intercessiones, sub titulo SCti Vellejani.

13. Sciendum est porro, Æquitatem, qua leges nituntur, in universum, non respectu singulorum casuum, esse considerandum: nec enim est insolens, ut lex in universum æqua & bona, respectu certarum personarum, utilis & iniqua videatur. Sunt qui putant: supremas Curias moderari posse dictata legum, juxta singularum merita circumstantiarum, & prout illis afficiuntur, (quemadmodum Suetonius refert de *Claudio*,) sed quod Judices inferiores verbis legum sint alligati, qua de re Wissenbachius *disp. de Æquit. quæ est 11. ad Inst. th. 17.* Verum ratio sic est; nullos judices supremos aut inferiores, a sententia legis universa propter rationem æquitatis, in hoc illove casu, recedere posse, quia cuncti Judices etiam ἀνυπεύθυνοι, i. e. *qui sine provocatione judicant*, nihil quam ministri Legum sunt, quarum nullus tenor aut certitudo foret, si Judices in cunctis factorum speciebus, utrum sequendæ essent vel non, judicandi arbitrium haberent. Lubet exemplum addere circa usum SCti Vellejani modo memorati, quod apud Supremam Fris. Curiam judicatum est, *anno 1680.* ante *magnas ferias.* Matrona quædam cognatos suos liberaverat aliquot millium obligatione, hoc modo, ut ipsa se obligaret creditoribus novo chirographo, in tot millia; sed addita debiti causa, quod eandem pecuniam debuissent ejus cognati, a quibus alio chirographo rursus cautum erat matronæ; Erat hæc vera expromissio, quæ est species intercessionis prohibita. Sed Creditores erant simplices agricolæ, non suspicantes id ullis in mundo legibus adversari. Obligationem suam veterem Matronæ tradiderant, novam ipsi receperant, ex qua jus suum Prælationis contra priorum debitorum bona jam persequi non poterant. Pluribus annis postea, quibus usuræ continuo solutæ fuerant, matrona cognatisque ejus mortuis, creditores, matronæ heredes conveniunt: qui bona cognatorum scientes non esse solvendo, nec fidei datæ sibi conscii, & Juris peritorum consilio obsecuti, exceptionem SCti objecerunt; cum appareret, hanc in suo genere intercessionem esse, nihil tamen iniquius in hac hypothesi, quam repellere Creditores, esse videbatur. Ideo non pauci e Dominis ad æquitatem inclinabant; Quæ certe heic locum habuisset, si Judicibus ob merita singularium circumstantiarum, illam Juri scripto præferre licuisset: Neque tamen aliter quam paribus suffragiis heredes matronæ absolvi potuerunt. Tam valida sæpe est hujus æquitatis reputatio, præscripti juris auctoritate rigidiori!

TIT. II.

De Origine Juris, & omnium Magistratuum, & successione Prudentium.

I. Partitio tituli. II. Reges an sint Magistratus. III. Verba Taciti de summo regimine urbis Rom. & Commentariolus ad ea verba, cum Principatus Rom. intervallis. IV. Series magistratuum inferiorum. V. Historia Juris, ubi de XII. Tabb. de Legis actionibus, SCtis, Edictis Pratt. &c. VI. Historia Compositionis Justinianeæ. VII. Quid Pandectæ. VIII. Curiis per Leges vetustiores aliquando derogetur; quod exemplis declaratur. IX. Historia Juris post Justinianum. X. De Successione Jurisconsultorum & sectis eorum.

HUjus tituli tres sunt partes, quas indicat Rubrica. Prima de origine juris. Hæc est vel Philosophica, quæ agit de Justitia jurisque fontibus, de quibus *tit. præc.* vel Historica, quæ hoc capite exponitur. Nos I. agemus de origine Magistratuum. II. De origine Juris. III. De Successione Prudentium.

2. Pomponius in *l. 2. h. t.* de Magistratibus agit secundo loco a *§. 13.* quod nobis, melioris ordinis historici causa, fas sit antevertere. Ita de illis incipit Pomponius: *Quod ad Magistratus attinet, initio civitatis hujus constat, Reges omnem potestatem habuisse.* Non ait, Reges fuisse magistratus, quod aliqui inde probatum volunt; id nihilo magis fuere, quam deinde Cæsares; sed acturus de Magistratibus, ait omnem ab initio potestatem sub Regali fuisse comprehensam, quemadmodum postea Cæsares munia Magistratuum ad se denuo traxerunt, ut Tacitus ait *Lib. 1. Annal. a pr.* Magistratus est *minister Legis*, ut ait Cicero *pro Cluent.* qui subest Legibus, ait idem *3. de LL.* quod de primis Regibus Romanis dici

dici non potuit; siquidem Romulus ut libitum, teste Tacito, Romanis imperitavit. *l. 3. Annal. c. 26.* nec reliqui superiorem accepisse leguntur, etsi quædam jura majora sine populi & senatus consensu exercere non potuerint, ut ex Dionysio *lib. 2.* intelligimus. Servius Tullius leges meditatus est, *quibus & Reges parerent*, in quo conatu a genero oppressus est, ut *Livius* narrat. Non puto, Latinos unquam eos, qui τὸ κύριον in civitate habent, Regesque ἀνυπευθύνες, appellare magistratus; sed bene reges, nomine tales, qui subjectum legibus & populo imperium tenent; quales qui omnes putant Reges esse, possunt eos appellare magistratus, suo arbitratu, non more Latino, neque juridico. Romani Reges in nullius potestate, *quam Deorum immortalium*, fuerunt, ut Julius Cæsar testatur apud *Sueton.* De aliis, qui nomina Regum, potestatem Regalem non habuere, diceret Bartolus noster; *nomina nihil ad rhombum.* Talis fuit *Suffetes*, summus Carthaginensium Magistratus Livio dictus *l. 28. c. 37.* appellatus Rex a Cornelio Nepote in *Hann. c. 7.* Denique, si qui alii magistratus supremi, aut Præsides Senatus, aut belli duces, auctoritate suadendi magis, quam jubendi potestate, fuerunt, quemadmodum de Regibus Germanorum Tacitus *lib. de mor. Germ.* loquitur, hi forte Magistratus, etsi raro fiat, appellari possunt, nec aliud judicandum de *Theonda*, quem summum apud Samothracas vocat Magistratum Livius, *quem ipsi regem*, ait, *appellant*, *lib. 45. c. 5.* satis indicans perspicue, nomen Regum illis improprie fuisse adscriptum.

3. Satis est apud Pomponium *in l. 2. h. t.* de regimine urbis Romæ, quod explicetur, ut necesse non sit, aliunde quod explicemus, arcessere. Sed nobis compendio consulendum; alioqui commentarius in hanc *l. 2.* liber evaderet. Ideo verba Taciti, mirifica brevitate statum omnem urbis antiquæ perstringentia, commentariolo prosequemur. Verba ejus in *pr. libri Annalium primi* hæc sunt: *Urbem Romam principio Reges habuere, Libertatem & Consulatum L. Brutus instituit. Dictaturæ ad tempus sumebantur; neque Decem-viralis potestas ultra biennium, neque Tribunorum militum consulare jus diu valuit. Non Cinnæ, non Sullæ longa dominatio, & Pompeji Crassique potentia cito in Cæsarem, Lepidi atque Antonii arma in Augustum cessere, qui cuncta discordiis civilibus fessa, nomine Principis sub Imperium accepit. l. 1. Annal. in pr.*

Urbem Romam a principio. Id incidit in annum primum Olympiadis VII. a. d. XI. Kal. Maji mensis, die Palilibus dicta, teste Plutarcho *in Romulo;* qui incidit in annum ante χρ. natum *septingentesimum quinquagesimum tertium.* Urbs ab initio quadrata fuit mille focos continens, angusto territorio, aut nullo; quod Romulus non est passus distingvi, ut moris erat, lapidibus, quo semper occasio litium cum finitimis, & propagandi territorium copia daretur, ut *Plutarchus* observat. De quadrata forma his verbis idem scribit: Ῥώμυλος μὲν ὖν τὴν καλυμένην Ῥώμην Κυαδράτην, ὅπερ ἐςὶ τετράγωνον, ἔκτισε, *Romulus*, inquit, *Romam quadratam, quæ dicitur, condidit.* Quare quod idem postea scribit, Εἶτα ὥσπερ κύκλον κέντρῳ περιέγραψαν τὴν πόλιν, hunc habeat sensum: *Dein urbem circum circa ferro vel stipite acta circumscripserunt.*

Reges habuere. Regimen urbis tribus intervallis distingvitur, Regno, Libertate, Imperio. Regnum duravit annos 244. Regibus VII. quorum historiam vide apud Livium *lib. 1.*

Libertatem & Consulatum, hoc est, populare Imperium, optimatium auctoritate temperatum. Consules erant duo, a quibus erat provocatio, *l. 6. §. 6. h. t.*

Lu. Brutus instituit. Historiam habes apud Livium *lib. 1. sub fin.* omni parte memorabilem.

Dictatura. Primus dictator fuit T. Lartius, anno post regifugium nono, vel, ut Dionys. XII. Sigon. *ad an. V. C. 253. & 256.*

Ad tempus sumebantur; quod nunquam fuit, ante Camillum, ut Plutarchus in *hujus vita* scribit, ultra VI. menses, ob periculum tyrannidis; erat enim summa potestas, expers provocationis, domi militiæque, *h. l. 1. §. 18.*

Neque decemviralis potestas ultra biennium: Pertæsa Consulum plebs, anno *V. C. 302.* Decemviros creavit, a quibus æquum jus conderetur, at hi tyrannidem in sequentem annum continuarunt, & dejecti sunt. *h. l. 2. §. 24.* ubi habes historiam.

Neque tribunorum militum consulare jus diu valuit; cum plebs alterum consulem ex se vellet, Patres utrumque de suo corpore medium placuit consilium, ut Tribuni militum essent, cum potestate consulum, numero variante, sæpius sex. Primi tales fuerunt anno *V. C. 309.* postremi anno 386. nec tamen ordine continua, sæpe interim & Consules erant.

Non Cinnæ. Incidit dominatio Cinnæ, cui Marius consors, in annum 666, & cis triennium ejus

ejus morte finita est. Factio ejus a Sylla fracta sequenti anno.

Non Syllæ longa dominatio. Sulla dictator perpetuo creatus est anno *V. C. 671.* abdicavit dictaturam anno 674. Uterque tyrannidem exercuit, initio Sylla bono, Cinna malo.

Pompeji Crassique potentia. Pompejus Magnus post Sullam plurimum potuit in Republica, & secundum eum Crassus Dives; quin hi duo cum Cæsare triumviratum Reipublicæ, civili tamen conspiratione magis quam vi tyrannica, occuparunt, anno 693.

Cito in Cæsarem. Crasso a Parthis occiso, amicitia Cæsaris & Pompeji in bellum erupit, anno *V. C. 704.* quo superior fuit Cæsar.

Lepidi atque Antonii arma in Augustum cessere. Cæsare a conjuratis interfecto, anno 709. Octavius, qui postea Augustus, illius e sororis filia nepos, cum N. Lepido & M. Antonio conspiravit & Triumviratum constituit, qua Remp. oppresserunt; at Lepidus ab Augusto copiis exutus est in Sicilia, anno *V. C. 717.* Antonius ad Actium victus anno 722.

Ita per partes evenit, ut necesse esset Reipubl. per unum consuli, est in *l. 2. §. 11. h. t.* perinde ac Tacitus: *Cuncta discordiis civilibus fessa, nomine principis sub Imperium accepit.* Unde per *partes*, non est alienum intelligere *discordias*: nisi malis interpretari *paulatim*, diversis quasi gradibus.

Principatus sive Imperii tria intervalla sunt: I. ab Augusto usque ad Constantinum M. a quo sedes Imperii Byzantium sive Constantinopolin translata fuit, anno Christi 330. II. Intervallum est a Constantino usque ad Carolum M. qui Imperium occidentis cœpit anno Christi 800. atque exinde, si placet, IIIium putabis intervallum.

Hæc de summo Reipubl. Imperio, nisi Dictatores & Decem-viros Magistratuum numero habere placeat.

4. Anno a Regibus ejectis 16. plebs senatui extorsit, ut Tribuni Plebis crearentur. Primo quidem, ut *intercederent* plebemque tuerentur adversus Senatum & Magistratus patricios; deinde, ut etiam *rogarent*, hoc est, leges seu plebiscita ferrent, quam partem cum deinde Sylla ab illis alienasset, Tribuni recuperarunt, juvante eo enixissime Julio Cæsare adhuc privato; Sveton. *in Cæsar. c. 5.* Cic. *Orat. pro Corn. l. 2. §. 20. h.*

Censores populo censendo, ordinandis Tribubus, classibus & Senatui primum creati ann. 310. *l. 2. §. 17.* Sig. *ib.* Fiebant Censores, maximæ viri auctoritatis, ita ut Censura quasi fastigium & complementum esset omnium dignitatum, ideoque haud temere, nisi decursis reliquis honoribus, tribuebatur: Quo respectu Plutarchus eam vocat ἀρχὴν μεγίστην καὶ τρόπον τινὰ τῆς πολιτείας ἐπιτελείωσιν, Magistratum maximum, & quodammodo Reipubl. gerendæ consummationem, *in vit. Quint.*

Anno 387. creati ædiles curules, distincti ab ædilibus plebejis, de quibus *§. 21. & 26.* nos de potestate Ædilium egimus in *lib. 3. Digress. c. 22. n. 2.* item Prætores *§. 27. & 28.* de quorum officio sequitur tit. peculiaris, Sigon. *ibid.*

Propagato in provincias imperio, creati sunt magistratus, qui etiam his præessent, & qui fungerentur pro Consulibus, pro Prætoribus. *§. 28.*

Denique in civitate, ait Pomp. decem *Trib.* duo *Coss. XVIII. Prætores,* sex *ædiles jura reddebant, §. 34. l. 2. h. t.* de quibus omnibus multa dici poterant, quæ sunt historici instituti.

5. Sequitur pars altera tituli, quæ est *de origine Juris.* Ejus Historia distingvitur iisdem spatiis, quibus Imperium.

Sub Regibus nullum fuit jus certum, quod quidem civitati æqualiter regendæ sufficeret, *d. l. 2. §. 1.* nam aliquas fuisse leges, constat *e d. l. 2. §. 2. arg. l. 2. de Mort. infer.* Dionys. Halic. *l. 10. in pr.* dixi in *lib. 1. Digress. cap. 1.*

Omnia *manu* a Regibus gubernabantur, *d. §. 1. in fin. l. 2. h. t.* hoc est, arbitraria potestate, ut omnium gentium nationumque initia fuere. Justin. *in pr. l. 1. d. l. 1. Digress. c. 1. n. 2.*

Anno *V. C. 302.* XII. Tabulæ sunt conditæ, fons omnis publici privatique juris, ait Liv. *l. 3. c. 34.* Easdem Tacitus appellat finem æqui juris, *l. 3. annal. c. 27.* fuere fons & finis juris diverso respectu, ut exposuimus *l. 1. Digress. c. 1. sub fin.*

Quia breves & strictæ erant XII. Tabulæ, non multo post interpretatio Prudentium accessit *d. l. 2. §. 5.* quorum responsa sic placuere populo, ut usu fori recepta κατ' ἐξοχὴν Jus civile dicerentur, *§. 8. in princ. d. l. 2.* opposite ad jus Prætorium.

Eodem tempore legis actiones sunt repertæ, per quas cives in foro legum remediis uterentur, eæque certis verborum formis a JCtis comprehensæ sunt, *§. 6. & 7.*

Dein legis actiones proprio sensu vocati sunt actus voluntariæ Jurisdictionis, ut manumissio, emancipatio, adoptio, *l. 2. & 3. de Off. Proconf. & leg.* a quibus diversi sunt actus Legitimi, ut Tutoris datio, hæreditatis aditio, acceptilatio in *l. 77.*

de Reg. Jur. cujus rei argumentum est, quod actus legitimos, ut tutoris dationem, potest obire legatus Proconsulis, *l. pen. de off. Proc. & Leg.* non potest legis actiones, *d. l. 3.* add. *l. 2. Digress. c. 12.*

Dein post XII. tabulas multæ aliæ leges sunt conditæ de rebus specialibus, in comitiis centuriatis, ad quæ omnes cives conveniebant, *§. 4. I. de jur. nat.* quarum aliquas in jure nostro habemus, ut Cornelias, Pompejas, Julias & plures.

Postea plebis contra Patres studium novas constitutiones invexit, quæ Plebiscita sunt dictæ, & fiebant Comitiis Tributis, a quibus aberant Patricii, qua de re plena manu egimus *in lib. 5. Digress. c. 10.* iisque legum vis, quam per se non habebant, tributa, primo Rogatione Valeria, dein Publilia, postremo Hortensia, anno *U. C.* 467. *d. l. 2. §. 8.* Sigon. *in fast.*

Senatus-Consulta in libera Republ. vim legum non habuere, quia senatus summa potestate carens, auctoritatem suadendi & approbandi duntaxat, non jubendi potestatem habebat, Liv. *l. 1. c. 17.* Val. Max. *l. 2. c. 2. §. 7.* Sed occupata per Cæsares Republ. vim legum acceperunt, arbitrio tamen Principum, *l. 9. de LL.* idque cœptum sub Augusto, perfectum sub Tiberio, Tac. 1. *Annal. cap. 15. in fin.* Sueton. *in Claud. c. 15.* dix. *L. 1. Digress. c. 3.*

Sed Prætorum Edicta jus XII. Tabb. in multis capitibus, jam olim aut suppleverunt aut mitigaverunt, *§. 10. d. l. 2.* olim quidem erant leges annuæ, quia singuli Prætores etiam erant annui, & nova Edicta condebant, donec lege Cornelia ex Edictis perpetuis jus dicere jussi sunt, teste Asconio *ad orat. pro Cornel.* denique Salvius Julianus jussu Hadriani omnia Edicta in compendium redegit, quod *Perpetuum Edictum* vocatur, *l. 2. §. 18. C. de vet. jur. enucl.*

Tempore libertatis igitur ortæ sunt hæc species juris: Lex, Plebiscitum, SCtum, Responsa Prudentium, Edicta Magistratuum; sic tamen, ut SCta sub Principibus demum robur suum acceperint, *ut dictum.*

Jam tum multitudine legum Jurisprudentia laborabat; ideoque Cæsar Julius, teste Suetonio *in vit. ejus cap. 44.* de compendio & uno corpore Juris cogitavit. Augusto id cordi non fuit, qui JCtis potestatem dedit, ut Judices eorum sententias sequi cogerentur, *§. 8. I. de Jur. nat.*

Exinde ivit in immensum disciplina legum; siquidem illa duo librorum millia, unde Pandectæ sunt collectæ, sub Cæsaribus vulgata sunt, ut ex inscriptionibus & JCtorum ætatibus constat. Solus Hadrianus duntaxat jus prætorium contraxit, uti jam diximus. Fuerunt autem hoc intervallo ingenia florentissima.

Altero Imperii intervallo, Constitutiones Principum, quæ jam quoque innumeræ factæ erant, in tres codices redactæ sunt, Gregorianum, Hermogenianum, Theodosianum, quorum ultimus hodieque extat & habet nomen a Theodosio Cæsare Juniore.

6. Justinianus dein, Justini Cæsaris ex fratre nepos, serio animum ad corpus Juris digerendum adjicit, usus opera Triboniani, Theophili & Dorothei, virorum amplissimorum. *§. 3. proœm. Instit ut.*

Primo, e tribus illis codicibus unum componi jussit, altero imperii sui anno, qui fuit χριστογονίας 528. & sequenti anno emisit.

Exinde operam dedit quinquaginta decisionibus novisque Constitutionibus; quas inter tempus primi Codicis & pandectarum editionem publicatas esse, patet ex *l. 1. C. de comm. serv. man.* quæ est edita Kal. April. 530. Digesta vero sunt injuncta componi sub finem ejusdem anni DXXVIII. Kal. Jan. iisdem Coss. ut apparet ex tit. de Concept. Dig. VII. Id. April. *Const. de nov. Cod. fac.*

Quarto Imperii sui anno componi jussit Pandectas, ediditque biennio post; eodem anno compositæ sunt Institutiones, atque promulgatæ aliquot diebus ante Pandectas, ut liquet e subscript. *proœm. Inst.* & subscr. *l. 2. C. de V. J. E.*

Anno 534. Codicem suum emendatum, & auctum variis constitutionibus, & decisionibus illis, unde *Repetitæ prælectionis* dicitur, publicavit, *tit. C. de Emend. Cod. Just. & secund. edit.* eoque nunc utimur, postquam vetus ille periit.

7. Pandectæ constant excerptis e commentariis, ut dixi, JCtorum, maxime eorum, qui sub Antoninis floruerunt ad usque Constantinum M. Codex e Constitutionibus Principum, qui ab Hadriano ad Justinianum vixere, conflatus est.

Jus Pandectarum vetus & antiquum dicitur in *§. 2. & 5. proœm. Inst.* quia Constitutiones Principum licet tempore non omnes, genere tamen doctrinæ, sententiis JConsultorum sunt recentiores, *d. §. 2. & 4.*

Nec tamen consilium fuit, in Pandectis referre jus obsoletum; potius quasi theoria in illis traditur, in Codice magis pragmatica; cum ple-

ræque leges ibi certis factis accommodatæ sint, ut e *textibus* passim liquet, non pauca tamen Codicis mutant jura Pandectarum.

8. Nempe, Codex partim descriptus est e Codice antiquo, partim a Justiniano auctus. Priora non possunt derogare Pandectis, cum hæ sint posterioris editionis; nova derogare possunt. Imo tamen & de prioribus reperiuntur, quæ jus Pandectarum mutant. Exemplo sint *tituli Cod. de bonis maternis. de bonis, quæ liberis. aliaque*, confer *l. 12. C. de sent.* cum *l. 58. de re judic.* item *l. 1. §. 11. & 19. de collat.* cum *l. ult. C. eod.* In his & similibus obreptum est Justiniano in compilandis Pandectis, quod dicere fas sit. Dicam clarius aliquot exemplis.

Jure Pandectarum bona materna, quæque liberis aliunde advenerant, pleno jure ipsis acquirebantur, *l. 79. de Acquir. Hered.* Jure tamen Codicis antiqui sic erat constitutum, ut proprietas ad liberos, ususfructus ad Parentes pertineret; imo jam tempore Constantini & Licinii, duobus ante Justinianum seculis, ita obtinuit, ut ex *l. 1. C. de bon. mat.* liquet. Pandectæ tamen a Justiniano compositæ, jus antiquissimum adhuc præferunt: manifesta negligentia compilatorum, qui jus illud vetustissimum etsi commemorare poterant, simpliciter & πραγματικῶς tamen legibus inferre non debebant.

Aliud exemplum: Arcadii & Honorii temporibus constitutum erat, ut sententias tam Græce quam Latine ferre liceret, in *l. 12. C. de Sent. & Interl.* In Pandectis tamen centum & amplius annis postea, relatum est præceptum, ut decreta a Prætoribus Latine interponerentur, *l. 48. de Re Judic.*

Ejusmodi plura sunt, quæ persequi locus heic non est, nisi hoc addere placeat. Justinianus idibus Augusti, Decio consule, statuerat, adventitia bona non venire in collationem, quod fuit anno Chr. 529. postquam Idibus April. ejusdem anni primum Codicem ediderat. Non fuit igitur illa Constitutio in Veteri Codice, fuit tamen quadriennio antiquior Pandectis, in quibus tot annis postea compositis & publicatis, tamen adhuc legimus, adventitia bona conferri, *l. 1. §. 19. de Collation.*

Postremo edidit Imperator volumen Novellarum numero 158. quarum dies non est expressus, nec ab illo, quod liqueat, uno volumine comprehensæ, qua de re Thomasius in *Scholiis ad posit. h. loci.*

SCHOLIUM.

Promulgatæ sunt Novellæ post cæteros libros Justiniani, neque simul, neque semel, sed diversis annis & temporibus, ut ex earum subscriptionibus patet satis, tametsi aliquæ nullas habeant, sicuti neque inscriptiones in omnibus adsunt, culpa, ut videtur, librariorum, omissæ. Vide Rittershusium ad Novellas Proœm. c. 2. n. 19.

9. Post Justinianum Leo Cæsar Philosophus, edidit Novellas μάλα φιλοσοφικῶς scriptas, sed quibus non utimur adversus Justinianum, Cujac. *17: obs. 31.*

Idem libros βασιλικῶν composuit, quibus selecta juris latini in Græcum sermonem transfunduntur, usumque interpretando frequentem habent, qua de re vid. *præfat. noviss. edit.* βασιλ.

In Occidentalibus provinciis, juris Romani studium penitus extinctum est cum imperio, quod desitum est in Occidente anno Christi 476. quando Heruli, & deinceps Gothi, rerum in Italia potiti sunt, suasque simul leges invexerunt, quibus dein accessere leges Saxonicæ, Salicæ, Ripaticæ, Longobardicæ &c.

Latinum jus ab eo tempore suppressum fuit, usque ad annum 1134. quo exemplum Pandectarum a Pisanis in expugnatione urbis Amalphitanæ repertum, Pisas, ac inde Florentiam delatum est, quæ sunt Pandectæ Florentinæ. Vigl. *in Præfat. ad Theoph.*

Ab eo tempore jus Romanum quasi postliminio reductum est in Occidentem, inque scholis atque judiciis frequentari cœpit.

Ægre tulerunt hoc Pontifices Romani, cumque adhuc omnis doctrinæ laus & notitia penes Clericos fuisset solos, hac via notabilem eruditæ sapientiæ partem ad seculares, quos vocant, transmitti, reverentiamque Cæsareæ potestatis hac ratione propagari videbant. Ideo cum rem aliter impedire non possent, æmulatione Imperatorum, de scriptis Ecclesiasticis & glossematis juris civ. compilarunt suum jus Canon. seculo XI. & XII. quod constat potissimum libris Decreti & Decretalium: illud quasi Pandectis, hæc Codici respondent. Ejus juris hodie viget aut obsolevit auctoritas, prout alibi spernitur, alibi adoratur Pontifex Romanus. vid. Pac. *præfat. Isag. in decretal.* Nec eo minus sub pœna excommunicationis jus civile doceri vetuerunt, uti factum ab Honorio III. anno 1219. rursus a Gregorio IX. ambitione prava, ut observat Mezerayus Galliæ

historiographus Catholicus, in compend. *post regnum Philipp. Pulchri cap. de reb. Ecclesiast.*

10. Tertia pars Tit. de successione Prudentium, his summariis absolvitur. Primus Professor juris fuit Tib. Coruncanius, *l. 2. §. 35. h. t.*

Fundamenta juris civilis scripto primum tradiderunt P. Mucius, Brutus & Manilius, *§. 39. l. 2.* ubi hunc sensum habere videntur verba, *fundarunt jus civile.*

Primus in generale artis systema jus civ. redegit Q. Mucius, *§. 41. l. 2.* hoc enim velle videntur verba, *jus civile primus constituit.*

Sectas primi condiderunt Antistius Labeo & Atejus Capito, (ille Trebatii, hic Ophilii auditor) quos duo pacis decora Tac. *3. ann. 75.* vocat; instituta eorum vid. *l. 2. §. 47. h. t.* Capito veterem disciplinam illustrare contentus erat: Labeo fuit **αἱρετικὸς** & plurima innovare instituit, *ingenii qualitate & fiducia doctrinæ*, ait Pomponius *d. §. 49.* quæ sunt duo **κριτήρια τῶν αἱρετικῶν** futurorum; qualitas ingenii luxuriantis, ambitiosi, novaturientis, & fiducia doctrinæ, qua plerumque *plus de se sperant, quam in iis est*, ut alibi Justinianus. Sunt sane **αἱρετικοὶ**, *electivi*, tam boni quam mali, **λυγρὰ καὶ ἐσθλά.** Prioris generis Labeo fuit. Sed unde hoc, quod in Jurisprudentia duæ tantum sectæ suis nominibus unquam sunt cognitæ, quæ in aliis studiorum professionibus fere numerum excedunt? Capitoni successit Massurius Sabinus, unde hæc secta Sabiniani, ut & Cassiani a Cassio Longino, quem alter excepit Sabinus; Hunc Javolenus Priscus, Valens & Julianus.

Labeonem secutus est Nerva Pater & filius, Item Proculus, unde hi Proculejani, ut & Pegasiani a Pegaso; quem Celsus Pater & filius, denique Neratius Priscus exceperunt.

Cum Constantino M. juris scientia transiit in Græciam, quæ exinde egregios dedit interpretes, quorum aliqua scripta hodieque supersunt, Harmenopulum, Theodoretum, Theophilum, aliosque, ut & Scholiastas **βασιλικῶν**, de quibus vid. Suarez. *in notit.* **βασιλ.**

In Occidente primus instauratæ Jurisprudentiæ Professor fuit Irnerius, a quo sunt excerpta authentica in Codice; mortuus est Bononiæ circa annum 1190.

Ejus discipuli, Azo ibidem, Placentinus in Gallia, summas scripserunt, quæ nihil erant aliud, quam Positiones Artis, brevem ejus Institutionem exhibentes. Accursius Princeps Glossatorum, floruit circa annum 1227. Glossator est interpres; nam glossa græce est lingva, interpretans **κατὰ πόδας**, quasi de verbo ad verbum. Alii præcepta Juris Artisque notitiam ad usum forensem transtulerunt, quorum Princeps Durandus, qui Pater practicæ laudatur & edidit speculum suum anno 1261.

Paulatim fœcundiora ingenia ad docendum & ad disputandum se contulerunt; inter quæ anno 1321. summa cum laude docere cœpit Bartolus de Saxo ferrato, cujus famam excepit Baldus de Ubaldis, mortuus Ticini anno 1420. Hos plures secuti sunt, usque ad Jasonem, qui anno 1518. & Decium, qui anno 1535. decessit.

Primus cum juris scientia literas humaniores junxit Alciatus, Papiæ mortuus anno 1548. quem in Gallia imitatus est Corasius, qui duobus millibus auditorum Tholosæ operam dabat. Idem institutum, in Germania Zasius, dein egregius Cujacius, Duarenus, Hotomannus, Donellus, aliique presserunt. Vide Fortler. ***histor. Jur. sub fin.***

Plura nos heic de historia Juris, post tot hominum doctissimorum commentarios non collocabimus, præsertim postquam id actum diligentissime & copiosissime, a Viro Cl. CORNELIO van ECK, juris in hac Academia dignissimo Antecessore, qui brevissime & nitidissime *ad h. t.* exhibuit, quæ aliunde multo labore quærenda fuissent.

TIT. III.

De Legibus, SCtis, & longa consvetudine.

I. Partitio Rubricæ, & de solis Legibus heic agendum. Definitio Legis. II. Quo sensu dicatur sponsio civitatis *& usus ejus rei. III. Cur* commune præceptum, *an ut rariora excludantur. IV. Etiam ut excludantur privilegia. V. Summa potestas quid legi conferat. VI. Quomodo se habeat Ratio ad Legem. VII. Conscientia an & quatenus obligetur ex lege. VIII. Usus* regulæ, *quæ dictat*, Cessante ratione Legis cessat ipsa Lex. *IX. Potestas Legis & virtutes ejus, ubi permissionis & tolerantiæ discrimen. Svasorias non esse Leges. X. De tempore*

tempore ex quo Leges valeant, ubi de futuris & præteritis; quod exemplis declaratur & applicatur. XI. Divisio Legum in species haud necessaria; sed distributio in partes, quæ sunt Rogatio & Sanctio, & quando nullum sit, quod contra Legem fit. XII. De interpretatione Legis ex Æquitate. XIII. Quo pacto Lex tollatur. XIV. De requisito Legis & Consvetudinis, ut sint generales. Ubi de jure municipali legi communi contrario; & quid juris, ubi lex vel consvetudo nulla. XV. De stylo Curiæ, quid valeat ad juris auctoritatem.

(a) HÆc etiam Rubrica partitionem præfert in tria membra, quorum duo posteriora, quod satis videatur, in parte priore demonstrata sunt; de Legibus superest locus haud defunctorie transmittendus. Diximus alias, Legem significare vel omne jus scriptum, vel id, quod populus Romanus per senatorios Magistratus in Comitiis centuriatis constituebat; heic generalem valere sensum, arguit definitio, quæ est in *l. 1. h. t.* Lex est *Commune præceptum, virorum prudentium consultum, delictorum, quæ sponte vel ignorantia contrahuntur, coercitio, communis Reipubl. sponsio.* Quam definitionem ex Demosthene petitam esse, docet locus ejus in *l. sequ.* productus. Nos eam explicare non aggredimur, quando nec est definitio, sed accumulatio prædicatorum, legi non male convenientium, at quæ naturam ejus nullo modo expleant. Definiamus ita: Est *sponsio civitatis*, seu, *Commune Præceptum summæ potestatis, omnes ei subjectos ipsorum bono, ad parendum obstringens:* quod ultimum neque Demosthenes omisit, καθ' ἣν ἅπασι χρὴ ζῆν τοῖς ἐν τῇ πόλει, *secundum quam omnes, qui in civitate sunt, vivere oportet*, inquit.

3. Primo dicitur in *d. l. 1. f. in b. t.* communis Reipubl. *Sponsio*, sive, ut Demosthenes citatus, συνθήκη κοινὴ πόλεως, ὁμολογία κοινὴ πόλεως, commune fœdus & conventio civitatis. Ex quo intelligitur, quicquid legibus in civitate sancitum est, in id omnes & singulos cives consensisse videri; cum, quia sciunt aliter Rempubl. haberi non posse, nisi leges æqualiter custodiantur, tum, quod ipsi quoque sanctioni consensum habuisse judicandi sunt. Hæc res & in doctrina civitatis, & in Jure privato, multum habet usum. Evidentissimus quidem hujus veritatis usus est in popularibus imperiis, ubi totus populus sancit Leges, sicut Athenis & Romæ, in theatro vel in campo fieri solebat. Verum tamen idem in Aristocratia & in Monarchia facultatem habere, Decem-Virorum & Solonis exemplo demonstrari potest: quorum illi a populo Romano, hic ab Atheniensibus semel potestatem condendi juris, quod omnes obligaret, acceperunt. Utrobique sane populare fuit imperium & populus dedit jus, in altero exemplo uni, in altero paucis optimatibus. Solonis exemplo, in voluntariis Imperiis comparatur subjectio Regi facta; Decemvirorum similitudo exhibet similem optimatibus submissionem a populo factam. Secuti consensus vivum exemplum est in Lycurgo, qui primo Leges suas invita Civitate tulit; dein cives ad earum observationem jurejurando volentes adegit. Modus, quo hoc jus in illos translatum fuit, erat omnium conventio Civium inter se, quo promisere, se leges, quas Electi conderent, esse servaturos. Nec alia in omni Republica, quæ a voluntate quidem populi, non a vi cepit initium, esse potest ratio, per quam Primores aut Singuli vim ferendi leges habere intelliguntur. Accedit, quod posteaquam populus in certas leges est compositus, cives, qui deinceps adfluunt, ita facile in animos, inquam, inducant, rem communem non posse salvam esse, nisi leges receptæ æqualiter observentur: Ideoque & hos in idem consentire, procul dubio statuendum est. Quando igitur lex aliqua in universum stabilita, contra singulos in eventu durior invenitur, hi de injuria conqueri non possunt, quia sic pridem statuerunt, duritiem, quæ singulos affligere posset, utilitati publicæ esse remittendam: Atque ita durities isthæc non est malum turpe, sed triste, cui se quemvis sponte subjicere posse non dubitatur. Atque eo modo, quod Usucapionibus, Quæstionibus, aliisque juris capitibus, ex genere iniqui opponitur, sine offensione regulæ Apostolicæ, *non esse facienda mala, ut eveniant bona*, defendi posse videtur. Quæ res suis locis pressius applicanda, sæpius usu veniet.

3. Atque ita quamobrem duplex genus in definitione sit positum a nobis, intelligi potest, *Sponsio civitatis.* Alterum, (b) *commune Præceptum*, non caret etiam locuplete sensu. Primo enim cur sit *Commune Præceptum*, verba definitionis indicant, *omnes imperio subjectos ad parendum obstringens.* Rursus in his verbis; *ipsorum*

(a) *Pos. 1. 2. 3. 4.* (b) *Pos. 5.*

bono:

bono; quia lex fine dubio ad communem omnium utilitatem pertinet. Tertius horum verborum tenfus arguit, de plerumque non de raro contingentibus leges effe ferendas, *l.3. & feqq. h.t.* quod tamen noli accipere de negotiis integris raro accidentibus; de talibus enim paffim agunt leges; fed ita puta: Quælibet lex de re aliqua fanciens, non debet ordinari fecundum id, quod raro, fed quod ut plurimum evenit, ut in fumma fit utilis, etfi contra fingulos in cafibus certis facere poffit. Pulchre in hanc rem M. Portius Cato, in oratione, quam pro Lege Oppia, apud Livium *l. 34. c.3.* habuit; *Nulla lex fatis commoda omnibus eft*, inquit, *id modo quæritur, fi majori parti & in fummam prodeft:* Eft ipfum noftræ obfervationis argumentum. Addit rationem Cato; *Si quod cuiquam privatim officiet jus, id deftruet ac demolietur, quid attinet, univerfos rogare leges, quas mox abrogare, in quos latæ funt, poffint?* Eft idem, quod modo diximus, Singulos non poffe conqueri de iniquitate Legum, quas univerfi, quin etiam finguli antea tulerunt. Accedit Taciti celebre dictum: *Omne magnum exemplum habet aliquid ex iniquo, quod utilitate publica contra fingulos rependitur;* de lege loquitur *l. 14. Ann. c. 44.* verum Cato non rem modo, fed & rationem valide complexus eft. Cæterum, facta raro contingentia Legibus non præteriri, ftudiofus, qui per tranfennam Juris libros infpexit & cafus ubique fatis raros offendit, ignorare non poteft. Solonis hoc fuit, cum rogatus, quare pœnam in parricidas non ftatuiffet, διὰ τὸ ἀπελπίσαι, inquit, *propter incredulitatem*, fore, ut tam immanis homo quifquam reperiretur; apud *Diog. Laert.* Nofter Legislator raro crimini raram quoque pœnam impofuit, *Solone fapientius majores noftri*, inquit Cicero, *qui cum intelligerent, nihil effe tam fanctum, quod non violaret aliquando audacia, fupplicium in parricidas fingulare excogitarunt. Orat. pro Rofc. Amer.*

4. Poftremo (c) *Commune Praceptum* vocatur Lex, quia non fingulis, fed univerfis convenire debet. Hinc etiam per XII. Tabb. vetita fuerunt privilegia, id eft, leges de *privis*, feu fingulis hominibus latæ, nifi per maximum populi comitium ferrentur, Cic. *3. de LL.* In popularibus Imperiis æqualitatis amore privilegia maxime invidiofa habentur, in regnis major hac parte folet effe licentia. Sic privilegium eft, cum delinquenti Princeps pœnam remittit, quod poteft quidem femper ex jure vitæ necique, fed rariffime debet, nifi in mere civilibus, ubi locus effe poteft facilitati, *l. ad beftias 31. D. de pœn.* ubi de damnatis, qui talis roboris & artificii funt, ut digne populo exhiberi poffint, Princeps confulitur.

(c) *Pof. 6. 7. 8. 9.*

SCHOLIUM.

Id eft, Princeps poteft quidem quoad jus externum, vid. part. I. de his, qui fui vel al. jur. n. ult. *femper delinquenti pœnam remittere, fed non femper poteft falva confcientia id facere. Imo & in naturalibus quandoque per ea, quæ differui in* not. ad Strauch. XXIX. 30. p. 457. & feqq.

RESPONSIO.

Poffe id aliquando ufu venire, nos quoque probavimus parte 2. Digreff. lib. 1. cap. 2. §. 3.

N. ADDIT.

Diftinctius ifta repetenda, cum Autor fubinde fcholia diverfa conjungendo fenfum reddat obfcuriorem. Duæ funt Autoris propofitiones: (1) Princeps femper poteft quidem, fed non femper debet delinquentibus pœnam remittere. Hanc in prioribus fcholii verbis explicare volui per diftinctionem inter jus internum & externum. Nunc per dicta ad tit. de Juft. & Jure, *mallem diftinguere inter regulas jufti & decori, aut inter præcepta virtutis & juftitiæ. (2) Principem rariffime debere pœnam remittere, nifi in mere civilibus. Ad quæ ego in verbis ultimis fcholii;* imo & in naturalibus quandoque. *Ad ifta refpondet Autor, fe quoque probaffe, quod id aliquando ufu venire poffit. Sed quæ Autor ibi probavit* p. m. 453. *ad fententiam meam non pertinent. Ponit ibi Autor regulam: Ea, quæ per fe turpia & lege prohibenda erant, ex neceffitate Reipublicæ non modo pœnæ eximi, fed diferte permitti, & legitima poffe fieri; & inter exempla regulæ etiam fequens affert: Reis crimina remitti crimen eft, at fi Respublica ob pœnam periclitatura fit, nihil juftius erit. Ego vero in fcholio ad ifta non refpexi. Dixerat Strauchius allegato loco: Impunitatem in delictis jure naturali prohibitis, ex caufa meræ gratiæ non habere locum, habere tamen & in his locum ex caufa neceffaria alia vel honefta. Aft mitigationem & mutationem in aliud genus levius, locum habere in quovis delicto, etiam illo, cui fpecies certa pœna, lege Mofaica dicta fit, & ob caufam etiam meræ gratiæ. Mibi tum generalitas fententiæ Strauchianæ difplicebat, adeoque in notis communiorem fententiam fecutus, circa*

delicta

delicta jure naturali prohibita ista adnotaveram: *Hoc ita indistincte non dixerim. Dictat equidem jus naturæ, delinquentem obligatum esse ad pœnam, dictat etiam, delinquentes esse puniendos; sed ut ex hoc posteriori Princeps obligetur, distinguendum esse arbitror inter delicta, quæ immediate adversus Deum committuntur, & quæ immediate adversus homines. Illorum pœnam Princeps, tanquam Dei in his terris Vicarius, in totum remittere non debet. Ratione horum vero iterum distinguendum erit. Vel enim horum pœnam lege positiva universali jam determinavit Deus, ut v. g. homicidii*, Gen. 9. *vel non determinavit. In istis Princeps pœnam non potest remittere, imo ne quidem mitigare, cum hæc lex positiva ipso Principe sit superior, & ergo ne quidem ex causa honesta tam horum, quam delictorum in Deum immediate tendentium, pœnam remittere valebit, secus ac Autor noster. At in his cum pœnæ determinatio Principi pro utilitate reipublicæ facienda relicta sit, poterit utique Princeps pœnam remittere ex causa honesta, imo & ex mera gratia, i. e. etiamsi subditi causam, quæ principem moveat, non videant, poterit tamen Princeps, cui determinatio utilitatis publicæ soli relicta est, salva conscientia delinquenti pœnam condonare, modo per hanc condonationem tranquillitas publica non directo turbetur. Quod si enim turbetur, nec causæ, quas Autor dicit honestas, Principem a vitio liberabunt.* Hactenus prima nota ad Strauchium. *Porro quæ Strauchius de mutatione pœnæ legis Mosaicæ docuerat*, sequente adnotatione limitaveram: *Si per legem Mosaicam Autor intelligit in specie legem forensem Judæorum, concedo assertionem, cum lex ista certo saltem populo lata sit, adeoque Principes non stringat. Poterunt ergo Principes nostri pœnam delicto alicui ibi dictatam non solum mitigare, sed etiam, si utilitas reipublicæ suadeat, exasperare. Conf.* Grot. de J. B. & P. l. 1. c. 1. §. ult. *(unde patet, quid iis respondendum sit, qui ad ostendendam injustitiam suspendii furum, ad legem Mosaicam provocant.) Sed videtur Autor voce legis Mosaicæ in lata significatione uti, quatenus sub se comprehendit leges Decalogi & legem positivam universalem, quas conjunctim sumtas, & in oppositione ad legem forensem, Theologi legis moralis nomine insignire solent. Quod itaque delicta hac lege morali prohibita spectat, verum quidem est, quod Autor dicit, jus naturale nullius delicti pœnam determinare, adeoque dicendum videtur, Principem pro lubitu in omnibus delictis pœnam mitigare posse, quoniam determinatio omnis est ex lege positiva, Princeps autem legibus positivis solutus est, & solo juri naturali subjacet. Sed ad hæc facilis est responsio: Principem solutum esse legibus positivis humanis, non vero divinis omnibus; excipiendum enim hic esse legem positivam universalem toti generi humano in primordio ejus promulgatam, qualem dari forte nemo Theologorum negaverit. Quapropter cum huic divinæ legi subjacet Princeps, non poterit sine labe peccati, etiam ex causis h. l. ab Autore recensitis, pœnam delictis nonnullis aperte dictatam mitigare. Ejusmodi delictum est homicidium*, Gen. 9. *unde mores nostri consuetudinem istam pro irrationabili habent, qua permissum est, homicidam a pœna capitali liberari, si fœmina quædam soluta ei nubere desideret. Sed an & adulterium ad hæc delicta spectat? Ita puto, præprimis quod adulterium cum alterius uxore attinet, ob textum* Lev. 18. v. 20. *junct.* v. 24. & 29. *pro delicto tamen, cujus pœna sola lege forensi Mosaica sit determinata, videtur habere Serenissimus* dec. nov. 84. *Dependet vero ex hujus quæstionis præjudicialis decisione definitio aliarum. Utrum nimirum recte pœna adulterii (tam duplicati, quam simplicis, quatenus hoc inter solutum & conjugem alienam admittitur,) mitigetur ob intercessionem Conjugis?* Conf. Autorem supra th. 5. in fine. *Utrum etiam recte in adulterio permittatur consuetudo, ut adulter solutus a fœmina ejus matrimonium desiderante liberetur? & quæ sunt quæstiones similes. Sed ista quidem tum temporis ita docebam, quæ nihil, ut apparet, commune habent cum responsione Autoris. Nunc autem, postquam legem positivam universalem iterum explosimus*, Tom. 6. obs. Hallens. 27. *& vicariatus divinus Principum in his terris, non institutus est a Deo ad injurias numini illatas vindicandas, utpote quas Deus ipse sibi reservavit puniendas, malo jam sententiam Strauchii defendere, cujus rationes sunt perspicuæ: quia dicit, et si pœna in genere suo habet causam naturalem, determinari tamen non potest, nisi per actum liberum voluntatis. Punibile enim esse, naturaliter quidem sequitur ex ipsa peccati & peccatoris ad superiorem relatione. Sed punibile esse tali pœna, naturaliter necessarium non est. Unde nihil obstat, quo minus hæc pœna sit relaxabilis. Quare & ob artificium*, L. ob besti s. 31. de pœnis. *vel matrimonium, vel pœnitentiam mutari potest. Hactenus Strauchius.* Adde Fundam. Jur. Nat. & Gent. lib. 3. cap. 7. n. 6.

Sunt etiam privilegia, de quibus XII. Tabb. non

non senserunt, quæ certis hominum ordinibus personali aut etiam reali intuitu conceduntur, ut mulieribus, studiosis, militibus, & iis, qui non ultra quam facere possint, condemnantur, *l. 16. & seq. de re jud.*

N. ADDIT.

Hac verba, aut etiam reali intuitu, *jam ab Autore adjecta sunt propter scholium nostrum hic omissum. Nam in* Posit. 8. *mentionem fecerat saltem intuitus personalis.* Ad ista notaveram: *Imo & hac privilegia legibus XII. Tabb. non notata sunt vel realia, vel personalia.* Vide accurate Franzk. ad tit. de Const. Princ. n. 37. seq.

Hæc nunquam, ne heredibus quidem prosunt, *l. 68. & l. 196. de R. J.* sed quæ rem & causam spectant, ut in credito funebri, *l. pen. de relig.* induciis judicati, *l. ult. C. de usur. re. jud.* similibusque, talia ad heredes transeunt, *dd. ll. 68. & 169.* neque vero illa omnia, cum publica sint, omnibusque pateant, privilegia esse videntur. Est tamen aliquid a D. Thomasio adjectum, non de nihilo.

SCHOLIUM.

Sed præter hac exempla, quæ Autor ad privilegia rei vel causæ refert, possunt etiam alia dari, ut v. g. si Princeps concedat ædibus meis immunitatem, aut simile quoddam Jus in perpetuum: Nam & hoc jus transit ad heredes & successores quosvis. Unde distingvunt alii inter jus singulare & Privilegium.

N. ADDIT.

Non etiam omittendum erat Scholium aliud, respiciens ad verba Autoris, quibus asseruerat, quod ea, quæ rem vel causam spectant, non videantur esse privilegia, cum publica sint, omnibusque pateant. Dixeram enim. *Procedet quidem hac ratio de exemplis autoris, non tamen de privilegio ædium, quod dixi, cum hoc vix commode publicum dici queat, & habebis adeo exemplum privilegii realis a jure singulari differentis. Cæterum Struvius cum aliis Dd. aliter usurpat vocem privilegii, eam tam a Constitutione personali, quam a jure singulari secernens,* Ex. 1. th. 8. *Unde in doctrina de privilegiis ante omnia videndum, quo sensu vox ista supponatur.*

5. (d) Sequitur in definitione Legis, *summæ potestatis:* quæ est facultas moralis regendi civitatem, cujus actus alterius humanæ voluntatis arbitrio non possunt infirmari. Nam hic vere lapis est lydius, ad quem, ubi summa potestas sit, unice docet explorandum esse Grot. *l. 1. de J. B. & c. 3. n. 7. & seq.* qua de re nos agimus in *lib. 1. de jur. Civit. c. 15.* neque juvat actum agere, quod Civitates, quæ tali facultate carent, municipalia jura sive statuta habere dicuntur, de quibus quod satis videatur, egimus in *p. 1. l. 1. tit. 2. n. 5.*

N. ADDIT.

In Posit. 11. addiderat Autor: Hic nota interpretationem legum civilium & statutorum differre parum aut nihil, ut explicat Treutlerus Vol. 1. Disp. I. th. 10. lit. E. *Ad illa verba* istud Scholion *adjunxeram. Notat recte eorum errorem, qui pro fundamento ponunt regulam, statuta esse interpretationis restrictivæ. Ostendi istum errorem latius* dissert. de jure circa frument. c. 2. n. 68. seq. *ubi cape exemplum. Statutum prohibuit exportationem frumenti. Recte id extenditur ad exportationem farinæ.* Adde Dn. Schilter. Exerc. ad Pand. 2. th. 12. seq. *qui aliud exemplum suppeditabit.*

6. Porro, (e) Lex etiam cum Ratione *convenire debet*, id est, nihil detrahere virtuti & bonis moribus, quod ut definitioni non insertum, per se intelligitur; sed manifestam oportet esse turpitudinem, per quam fit, ut lex vim suam perdat, *arg. l. 15. de cond. Inst.* cujus autem legis obscura & ignota est ratio, eam nihilo minus obligare teneudum est, *l. 20. & 21. h. t.* Quin & iniqua lex perdit quidem vim suam, quatenus conscientiam ejus præscriptum sequentis non potest reddere securam, (in quam lex omnino nullam vim habet directam, Ames. *lib. 5. de consc. c. 25. n. 4.* ita tamen valet, ut subditi illam pati cogantur; nec alius quam ipse Princeps eam ex æquitate corrigere possit, *l. 1. C. de LL.* Scilicet causa legis obligatoria, est placitum summæ Potestatis in Republ. habens pro fine suo publicam civium utilitatem non adversantem legibus divinis & naturæ, quibus singulorum populorum Rectores derogare non possunt. Ideo si quid ejusmodi sancitum fuerit, Cives quidem eas Leges ferre debent, verum summa potestas conscientiam Deo subjectam non potest reddere securam eorum, qui actiones potius secundum Leges civiles, quam secundum præcepta Dei, in verbo suo vel in cordibus scripta, instituunt: modo rite distinguatur inter jura Dei positiva, quæ cunctis gentibus, & quæ solis Judæis conveniunt. Leges iniquæ obligant ad patientiam, non ad observantiam. Supposita hac convenientia cum jure divino & naturali, dicendum est, non pendere a judicio singulorum examen

(d) *Pos. 10. & 11.* (e) *Pos. 12. 13.*

Rationis, qua lex nitatur; non quod in rationes nullo modo inquirere liceat, verum quod obsequium legibus præstandum inde nullo modo pendere debeat, eaque sententia *d. l. 20. & l. 21.* ubi, quod rationes inquirendas esse uegatur, de curiositate derogativa accipiendum est, fere ut Poeta de filiis, quibus studium est, *ante diem Patrios inquirere in annos.* Quin magno *fastidio superbiæ tumidus esse dicitur, qui regalem sensum contemnat*, *l. 12. C. de LL.* Adeoque verissimum est, quod in *l. 21.* habetur; si a Ratione penderet legis valor, *multa, quæ nunc certa sunt, subverterentur*; quatenus nunquam deessent homines, qui leges interpretari quam exequi mallent. Ideo seu melior, seu deterior sit Legis ratio, tamen est & manet lex, obligatque cives ad observantiam.

Quid sibi vult igitur, dices, quod Ratio sit anima Legis? Æstimatione Juris Naturalis & Gentium valeat regula; valeat sensu quoque civili: sed tum ratio intelligatur, quæ Legis Auctori placuit, non quam Ratiocinator excogitet; illa plerumque recta, licet haud semper omnium optima, sine est anima legis, & verba sunt corpus, quæ a ratione animantur & effectus suos exercent, juxta placitum summæ potestatis. Proinde si Lex alicui negotio, etsi æquissimo, adversetur, hoc judicibus minime sequendum est, Harmenop. *lib. 1. c. 1. n. 29.* Ὅτε νόμος ἀντίκειταί τινι πράγματι, κἂν πάνυ δικαιότατόν ἐστι τὸ γενόμενον, ἀπρόσδεκτόν ἐστι τοῖς δικαστηρίοις: *Quando Lex negotio alicui adversatur, etsi quod factum est, justissimum sit, in judiciis tamen nullo modo admittendum est:* Sed expectandum est, dum Legislator id mutet, quod subinde fieri videmus, & exemplo Juris Romani est evidentissimum: Hoc enim ab eo, quod olim fuit, cum Justinianeo tempore comparatum, mirifice discrepat, in quem statum paulatim assiduis mutationibus pervenit, qua de re Apulejus *in Apolog.* more suo crudo: *Nonne & vos quotidie*, inquit, *experimentis illuminantibus tenebras antiquitatis, totam illam veterem & squalentem sylvam legum, novis principalium rescriptorum* & *edictorum securibus truncatis & cæditis?*

7. De Conscientia quod aspersimus, ita se habet: Cum per hanc judicium de semet ipso coram Deo, cui soli sensuum animi rationem debemus, intelligatur, fieri non potest, ut ullus homo, aut superior potestas humana, conscientiam teneat obligatam. Sed habemus præceptum Dei, imperiis summarum Potestatum esse parendum, οὐ μόνον διὰ τὴν ὀργήν, non modo propter metum pœnæ, sed etiam διὰ τὴν συνείδησιν, *conscientiæ causa, Rom. 13. 5.* Atque hæc est consequentia, per quam conscientia, quæ directe non ligatur a Lege, devincta habetur. Sed de obligatione conscientiæ ex Lege, habemus in animo Tractatum peculiarem, cujus se latius diffundit ambitus, quam ut heic delineari possit.

8. Porro (f) tritum est dictum, *cessante ratione legis, cessat ipsa lex*; intellige, si ratio cesset in universum, non si in casibus certis. Postquam Lex semel aliquid ob certam rationem statuit, hoc jus æquabiliter custodiendum est, etiam in casibus, si qui dentur, quibus illa ratio non obtinebat. Nam si lex identidem ac Ratio minus conveniret, vim suam amitteret, omne jus foret incertum & momentaneum: interea scilicet, semper adesse debere terminos casuum eosdem, quos Lex requirit, pro certo præsumendum est. Exemplo res fiet clarior: Lex est, Impubes ne faciat testamentum, quia nullum est ejus animi judicium, *§. 1. I. Quib. non est permiss. fac. test.* Datur impubes, cui est prudentia ante pilos, quæritur, an possit testari? non potest. Aliud: Lex est, ne bona minorum alienentur absque necessitate, *l. 22. C. de admin. tut.* idque commodo illorum ita constitutum est, ne rebus suis temere spolientur. Datur casus, quo sit utile rem alienare citra necessitatem, quæritur, an id liceat judici? non licet.

N. ADDIT.

Hic iterum omissum fuit sequens Scholium. *Facit huc* lex 5. *§.* 14. & l. penult. in princ. de reb. eorum, qui sub tutel. vel cur. l. 12. de præd. min. *Dissent. Struv. XXXI. 34. verbis:* vel inutilia sunt. *Adde Autorem* insr. d. t. de reb. eorum, n. 5.

Sand. *l. 2. tit. 19. def. 15.* Hujusmodi exemplis plena sunt omnia juris loca.

9. Postrema verba definitionis (g) sunt de potestate *Legis*, quæ continetur quatuor virtutibus enumeratis *in l. 7. h. t.* imperare facienda, vetare contraria, permittere licita, (*quod distat a tolerando, nam & illicita tolerantur.*) punire non parentes, quod ultimum legis officium *Sanctio* vocatur, *§. 10. I. de R. D.* Basilici exempla addunt: Ἀρετὴ νόμου καὶ δύναμις τὸ κελεύειν τρέφεσθαι τοὺς παῖδας καὶ τοὺς πατέρας παρὰ τῶν παίδων.

(f) *Pos. 14. 15.* (g) *Pos. 16. 17.*

τὸ κωλύειν γίνεσθαι φόνους, ἁρπαγάς, ἢ ἕτερόν τι πλημμέλημα. Τὸ ἐπιτρέπειν τισὶ διατίθεσθαι καὶ συναλλάττειν. Τὸ τιμωρεῖσθαι τοὺς ἡμαρτηκότας. *Virtus & potestas Legis est*, jubere *liberos ali & parentes a liberis.* Prohibere *cædes*, *rapinas*, *aut aliud delictum.* Permittere *quibusdam testari & contrahere.* Punire *delinquentes.* Quod addere visum, ut genus versionis Basilicæ observetur. In imperando vetandoque nulla difficultas aut obscuritas; sed *permittendi* officium plus habet ἀναθεωρήσεως. Harmenopulus *lib. 1. cap. 1.* Τὸ ἐπιτρέπειν, ait esse, Τὸ μήτε κωλύειν, μήτε προτρέπειν. Permittere id esse, *nec prohibere*, *nec adhortari* : sed hoc magis tolerantiæ esse videtur, & in negatione consistit. Virtus Legis est positiva. Permittere significat igitur, potestatem facere alicujus rei. Sic Viro *permittitur uxoris* suæ adulterum occidere, in *l. 24. ad L. Jul. de adult.* Administratio peculii *permissa* servo, *l. 84. de solut.* Missio in possessionem *permissa*, id est, imperio prætoris facta, *l. 1. Ne vis fiat ei, qui in poss.* jus arbitriumque omnium rerum Cæsari *permissum.* Sveton. *in Caj. cap. 14.* Talis permissio non tantum fit de rebus *licitis*, ut modo posuimus, sed etiam de rebus in suo genere *illicitis*, ut de homicidio, *d. l. 24.* de concubinatu, *tot. tit. de Concubin.* Talis fuit *permissio* Legis Mosaicæ circa divortium, *Deuter. 24.* quod Christus ait decretum esse, διὰ τὴν σκληροκαρδίαν propter *duritiem cordis* Judæorum, *Matth. 19, 8. Marc. 10, 7.* jungitur in hanc rem ἐνετείλατο, *præcepit*, ἐπέτρεψεν, *permisit* : nam permissioni inest vis præcipiendi, ne quis impediat; item ut modus servetur, quo majus malum pervertatur, sicut Mosi in divortio fuit propositum. Quanquam autem Harmenopulus istis verbis μήτε κωλύειν, μήτε προτρέπειν, *nec prohibere nec adhortari*, vim permissionis totam non exprimit, verissimum tamen est, eum, qui permittit, nec prohibere, neque probare, aut adhortari; quemadmodum Moses non probavit divortia permittendo; neque Juris Auctores ad concubinatum hortantur cives, neque eum probant, etsi permittant. Quod igitur modo posuimus, *permittere*, *de licitis* accipiendum, plerumque verum est; aliquando etiam illicita permitti demonstravimus. Tolerantia de turpibus ac illicitis tantum, quæ lex suarum partium nullo modo facit, verum impunita saltem relinquit, usurpatur, ut est ebrietas, ingratitudo, & alia, quæ tantum odio damnamus, & ad vindices Deos mittimus, ut Seneca 3. *de clem.* 7. qua de re nos latius in *p. 2. lib. 1. Digress. c. 2. n. 4.*

Non sunt etiam Leges, textus svasorii & consulentes, ut est *l. 34. h.* ubi ei, qui se fundat in consvetudine, svadetur, *ut primo illud exploret, an etiam contradicto aliquando judicio confirmata fuerit.* Item in *l. 24. de Rei Vindic.* datur consilium vindicaturo aliquam rem, ut *prius animadvertat*, *an aliquo interdicto possit adipisci possessionem*, addita ratione, *quia longe commodius est*, *ipsum possidere & adversarium ad onera petitoris compellere*, *quam alio possidente*, *petere.* Aliud est in *Nov. 22. c. ult. in pr.* ubi Parentibus datur consilium, non lex imponitur, *æqualitatem inter liberos suos observandi.* Denique in *§. 3. Inst. de Pupil. subst.* notum est consilium, quid facto opus, si Pater metuat, ne substitutus filii sui vitæ insidietur. Res ipsa loquitur; id genus svasiones Legibus obiter inseri, non esse tamen capita Legum propria & obligantia cives.

10. Quod (h) ad tempus attinet, ex quo Lex valere incipiat, non est dubium, quin simul ac innotuit, cives obstringat; nisi forte Lex ipsa tempus aliquod, ex quo valitura sit, adjecerit, ut sæpe fieri videmus. Sed Justinianus ad prætextus ignorantiæ civibus eripiendos, bimestre tempus novissime constituit, * quo a promulgatione Legis elapso, nemini fas sit, ignorantiam Legis

* Idem tempus duorum mensium, a publicatione computandum, constituit olim D. Joh. Georg. I. *in Ordinatione Processus Judicarii d. an. 1622. 6. Proœm. verb.* erstlich befehlende, binnen zwey Monat nach geschehener Publication anzurechnen. Simile exemplum *v. in Resol. Grabam. d. 1661. in fin.* §. Damit nun. Cæterum hoc duorum mensium tempus, omnibus a Justiniano propositis legibus præfinitum fuisse, ex eo merito ambigitur, quod *Novella 66. c. 1.* ad leges singulares & novas circa testamenta ab isto Cæsare latas restringenda sit. Hinc in aliis legibus Saxonicis idem terminus haud fuit observatus, & constitutiones provinciales regulariter statim, ex quo publicatæ sunt, vim juris habent. *Exempl. adest in Mandat. de Duell. A. 1712. d. 2. Jul. §. 61. verb.* Jm massen dessen Verbindung nach der Publication seinen Anfang nimmt, und die von selbiger Zeit an begonnene Crimina darnach zu decidiren, conf. Ziegl. *de jur. Maj. L. 1. c. 5. th. 13.* Philipp. *Us. Pr. Inst. L. 1. Eccl. 11. n. 9.* Grœneweg. *d. LL. abrog. ad Nov. 66. n. 3.*

(h) *Pos. 18. 19.*

obtendere

obtendere transgressioni, in *Nov. 66. cap. 1.* quam alii sic intelligunt, ut ab eo tempore Leges demum valere Justinianus voluerit. Usu temporum satis constat, hoc bimestre spatium non observari, sed Leges statim ac publicatæ sunt, valere & obligare, nisi admodum singulares innocentis ignorantiæ rationes concurrant, de quibus ad *Tit. ff. de jur. & fact. ignor.* Quando Leges dicuntur habere vim cives obligandi, id aliter quam futuri temporis respectu intelligi non potest. *Cedo mihi*, verba sunt Ciceronis, *Leges Atinias, Furias, ipsam, ut dixi, Voconiam, omnes præterea de Jure Civili, hoc reperies, in omnibus statii jus, quo post eam Legem populus utatur*, *Orat. 1. in Verrem.* Cui hoc objicit Cicero, cum ita edixisset, *fecit, fecerit?* Nescio tamen, an locus generis, unde refellit Verrem, bonus sit ad hoc argumentum: nec enim in jure desunt exempla Legum, *quæ tam præterita quam præsentia repellant*, ut loquitur *l. ult. C. de Pact. pign.* cujusmodi novissima Lex Ordinitum Frisiæ lata XXI. *Februar. 1655.* de beneficio Inventarii restringendo, quæ diserte ad beneficia prius impetrata producitur, *ut in suo loco videbimus*. Verres quidem improbe in exemplo Ciceroniano constituit; verum ideo nullas Leges ad præteritos casus extendi posse, negandum non erat.

Quin nec indistincte verum est, casus præteritos ad Legem novam non pertinere.* Nam si Lex antiqua jus sine aliquo facto aut ministerio hominis tribuat, tum quidem casus ante Legem novam commissus ad hanc non pertinet, sed veteri Legi subest; verum si casus antea existens adhuc egeat facti alicujus aut ministerii, tum magis est, ut ille casus præteritus ad novam legem referendus sit, quemadmodum ex Bartoli doctrina Sandius tradit *2. 5. 5. in fin.*

Opus erit exemplis? Lex erat Vetus Frisica, *Supellectilem ruri inter Conjuges esse communem.* Supervenit Lex nova, restringens communionem *ad pretium mille florenorum.* Ante hujus Legis promulgationem Cajus & Caja matrimonium contraxerunt, quod post legem novam adhuc durabat. Quærebatur, finito matrimonio, an communio secundum *veterem, an novam* Legem esset accipienda. Judicatum est, *secundum veterem;* quia Lex illa statim sine ullo facto ministerioque hominis interveniente, communionem inde ab initio matrimonii constituerat, & jus conjugum, quod secuta lege tolli non potuit, stabiliverat, apud Sandium *dicto loco*. Exemplo contrario videtur esse, quod modo habuimus: Jus vetus fuit, ut heres ex beneficio Inventarii suo arbitratu res ageret, nec a creditoribus, si quid ab illo peccatum erat, conveniri posset; omne tamen jus ejus in perpetuis factis & administratione consistebat. Supervenit Lex, quæ modum hunc imposuit, *ut intra sex menses rationes reddere cogatur heres*, petenti busque creditoribus *Curatorem bonis* dari patiatur. Heredes, qui Beneficium pridem petierant, & quibus nihil ex bonis acquiri poterat, nisi administratione perfuncti aliquid habuissent reliquum, huic Legi quoque subjecti sunt atque fuissent, etsi Legis verbis id non exprimeretur; quod dubitationis tollendæ gratia ab Ordinibus, ex consilio Curiæ supremæ, consultum est, ut exprimeretur.

Distingvendum etiam diligenter est in hujus quæstionis usu, sint ne Leges *dispositivæ* novi, an *declaratoriæ* Juris antiqui. Quæ prioris sunt generis, ita ut dictum est, ad futuros, non ad præteritos casus pertinent; quæ posterioris, ad præteritos æque referuntur, ac ad venturas factorum species. Exemplum: Vetus Lex fuit inter Conjuges, lucra & damna durante matrimonio communicari; dubitatum fuit, utrum id ipso jure, an mediante cessione fieret, Lex deinde lata est, quæ id *ipso jure* fieri determinavit. Hujus legis sententia matrimoniis antea pridem contractis indistincte fuit applicata, referente Sandio *d. lib. 2. tit. 5. def. 6.*

II. Hæc de Legis definitione. Divisione an utendum sit nobis, haud dixerim: Sunt qui Legem faciunt generalem & specialem; ad hanc aliqui Statuta Municipiorum, alii privilegia referunt. Sed nostra definitio *Statuta* excludit, verbis *summæ potestatis*, quæ non est in municipiis; Privilegia excluduntur verbis, *Commune Præceptum*, etsi nec Leges suo sensu vocari non possint. Divisiones aliæ in divinas & humanas, in naturales & positivas, similesque ab hoc loco alienæ sunt; quia satis constat, nos agere de lege civili. Magis est, ut distributio Legis in duas partes observanda sit; prima Rogatio sive Lex

* It placuit legislatori Saxoniæ, ut decisio 67. non tantum ad futuras, sed & ad præteritas & jam celebratas conventiones pertineret, nisi res judicata, aut transactio intercesserit, *d. Dec.* §. Und wollen wir diese Satzung. conf. *Constitut. reg. d. A. 1705.* vom anvertrauten Gut. Regulariter tamen leges novæ ad casus præteritos haud sunt referendæ, Philipp. *d. l. Ecl. 10. n. 18. 19.*

κ. τ' ἐξοχὴν, altera Sanctio dicitur, quæ pœnam statuit in transgressores, ut Justinianus docet in *§. Sanctæ quoque. I. de R. D.* præferuntque distributionem hanc monumenta vetusta Legum, quæ supersunt. Quin lex, quæ sanctione, id est, clausula pœnali caret, imperfecta dicebatur, ut testis in ea re est Ulpianus *in fragm. tit. de Legib.* eaque non rescindebat id, quod prohibebat, *n. 1. d. tit.* quanquam hodie quicquid est contra Legem, sanctione licet carentem, factum, ipso Jure nullum habetur, *l. 5. C. de LL.* sed dantur Leges, quæ prohibent & pœnam statuunt, neque rescindunt quod contra factum erit, cujusmodi Leges minus quam perfectas vocat Ulpianus *in d. tit. n. 2.* De his recepta est distinctio talis: Aut annullatio actus potest cum pœna expressa in Lege concurrere, & tum actus est nullus pœnaque simul habet locum, ut in *l. 4. C. de incest. Nupt. ubi: Qui ducit uxorem contra leges, privatur eo, quod relictum ei fuerit, inter vivos aut mortis causa;* & tamen nuptiæ sunt nullæ; excipe, nisi in præjudicium alterius, qui non peccavit, tendat nullitas, quo casu merito cessat, *l. 14. in fin. ff. ad L. Cornel. Fals.* ubi legatum est nullum, quod legatarius sibi adscripsit, & tamen fidei commissario debetur. Quod si nullitas simul cum pœna consistere nequeat, tum actu salvo, pœna sola exercetur: ut si mulieri temere a viro divertenti multa statuatur, ni redeat, res ipsa loquitur, hac pœna non rescindi matrimonium. Vulgo petunt exemplum ex *l. ult. de divort.* in qua terminos habiles non invenio. Vid. Sand. *lib. 2. tit. 1. def. 6.* qui istis parum consentanea tradit *in def. 1. d. tit.* ubi; *Quod si vero Lex*, inquit, *irritum non decernat, quod contra factum est, sed tantum simpliciter prohibet, vel contra facientibus pœnam statuit, his casibus ipso jure nullum non est, quod contra legem factum est.* Atqui superius dixerat, quod contra legem factum est sub pœna, id esse nullum, etsi lege tacente de nullitate; si modo pœna simul locum habere queat: & est juris certissimi hodie, quicquid contra Leges est factum, id ipso jure nullum esse, lege licet simpliciter loquente, *d. l. 5. C. de LL.* Sed interest forsitan, utrum Lex aliquem actum prohibeat, an vero juxta actum illum aliquid requisiti præscribat. Priore casu nullitas ex simplici prohibitione colligitur; posteriore non aliter, quam si lex nullitatem aut rescissionem sanciat. Exemplum: Lex est Frisica, quæ jubet matrimonium ter promulgatum in Ecclesia celebrari, sub pœna pecuniaria, *l. 1. t. 1. Stat. §. 11.* Hæc mulcta cum nullitate simul quidem consistere posset, attamen non intelligitur secus initum matrimonium esse nullum in Frisia, Sand. *d. def. 1.* quod in Hollandia pro nullo habetur, quia nullitas ibi Lege sancitur, Coren. *Consil. 26.*

12. Postremum (i) quod de lege nobis observandum videtur, id est de ejus interpretatione, quæ secundum Æquitatem fieri debet; eam, quæ judicibus adscribitur, & de qua diximus *ad tit. de Just. & Jur.* Sed alterum æquitatis arbitrium, quod illic principis esse dicitur, ab interpretandi officio alienum est, utpote quod mentem Legislatoris egreditur, estque non interpretari legem, sed facere Jus novum, *l. 1. l. 9. & l. ult C. de LL.* Ex æquitate, quam diximus, humaniorem esse juris scripti interpretationem, secundum probabilem legislatoris mentem, variæ fluunt regulæ, qualis Marci Philosophi: *In re dubia benigniorem sequi sententiam oportere, l. 3. de his, qui in testam. del.* Capienda esse verba ex usu communi *l. 7. §. ult. de supell. leg.* Utilia & favorabilia producantur, *l. 3. de Const. Pr. l. 54. de condit. & demonstr.* Odiosa restringantur, *l. 19. de lib. & post.* Ubi Ratio est eadem, idem quoque jus statuatur, *l. 32. ad L. Aquil.* Derogationes Juris præcise capiantur, *l. 14. & 15. h. t.* proinde jus novum ultra quam dicta ferunt, nullo modo extendendum; idemque in jure municipali, quatenus a communi recedit, observandum. Adeoque monitum illud non huic juri proprium, sed omni omnino juri novo tribuendum; Vid. Gail. *1. obs. 33. n. 5. & seqq.*

13. Quod regula juris dictat, unumquodque eo modo tolli, quo est constitutum, id in Legibus etiam obtinet. Voluntas summæ potestatis legem facit, eadem tollendæ Legi sufficit, & sola tequiritur; indeque est, quod Modestinus in *l. ult. de Const. Princ.* ait, Αἱ μεταγενέστεραι διατάξεις ἰσχυρότεραι τῶν πρὸ αὐτῶν εἰσίν. *Constitutiones posteriores prioribus sunt validiores;* sive priores Leges per omnia tollant, quod est *abrogare*, sive ex parte, quod est *derogare*, sive aliquid primæ legi adjiciatur, quod *subrogare* dicitur, sive aliquid ex priore lege mutetur, quod est *obrogare*, teste Ulpiano *tit. 1. fragment.* Nec tamen lex posterior, sed etiam Consuetudo, quæ vim legis habet, idem aliquando efficit, ut jus posterius tol-

(i) *Pos. 11.*

lat,

let, quemadmodum in parte prima *tit. de Jur. Nat.* expositum est.

14. (k) Quanquam autem de Consuetudinibus in parte priore, quod ad paratitlarem doctrinam sufficiat, actum est, superest tamen, quod ad legem & consuetudinem pariter spectat, monitu necessarium. Lex & consuetudo inter alia requisita debet esse *generalis*; ut dictum *Part. I. tit. 2. n. 35.* Quid igitur, leges & consuetudines locorum particularium nullam ne potestatem habent? (intelligimus autem per loca particularia, civitates & regiones ejusmodi, quæ sunt membra subjecta majoris imperii, nec habent regalia, neque jus condendi legem.) De his ita jus & ratio fert, ut si lex totius Reip. de aliqua re lata sit, tum mos regionis, in qua negotium fuit gestum, attendatur, quoniam in id consensisse verisimile est contrahentes; per *l. 24. d. R. I. l. 3. de usur. l. 6. de evict.* Hæc res etiam exemplis uno alterove illustrari meretur. Sæpe fit, ut colono, qui sementem fecit, migrante, sequens metat fruges. Interest monstrare, quantum is, qui sementem fecit, habiturus sit, quod jure communi nec Cæsaris, neque Statutis est definitum. In Frisia, tractu Orientis habet sator dimidium; In Occidente tertium; quæ consuetudines valent, quia non repugnant juri communi. E contra; jure communi & Frisica, *Arresta* personalia in Frisiæ indigenas non valent, nisi fugæ suspectos; Est civitas, quæ usurpat Arresta promiscue in personas aliarum jurisdictionum; Consuetudo non valet, neque in condicto judicio probari poterit. Idem in legibus; Jus commune est, Res furtivas a quolibet possessore sine pretio repetere licet, etsi bonæ fidei sit possessor. Civitas dat privilegium mensulariis suis, ne cogantur res furtivas reddere sine pretio, nisi a dominis, antequam ab ipsis pignori acciperentur, fuerint præmoniti. Judicavit *Curia Suprema Frisiæ*, non valere privilegium, a Civitate sine *Ordinum* consensu datum in fraudem juris communis. Adeoque sæpe damnavit mensularios, quod sciam, ad restituendum sine pretio, quantumvis non præmonitos. Quod si nulla sit lex vel consuetudo certa, recurri solet ad mores vicinorum, *cap 16. x. de consuetud.* D. Schotan. *in exam. ad tit. C. quæ sit longa consuet. quæst. quid si discrep. & quæst. quis est effectus?* Exemplo sit, quod in Frisia nihil constitutum reperitur de *Assecurationibus* in mercatura tam frequentibus. Mentio quidem fit Edicti super illis promulgati in Rubrica *tit. 24. Libri I. statut. Fris.* Verum in nigro prorsus nihil de assecurationibus reperitur: Proinde, cum res commercii nostri, inseparabili vinculo cum Batavicis sint conjunctæ, non videtur esse dubium, quin & contrahentes apud nos, si quid ejus generis convenerit, jus, quod in Hollandia servatur, hac in parte velint observatum, nec est absurdum statuere, secundum instituta Batavorum hac in parte judicandum esse in Frisia: non quod leges Hollandiæ nos ulla parte teneant; sed quia contrahentes id egisse videntur, ut quod receptissimi moris est apud mercatores, inter quos omni die versantur, id etiam hactenus in suis negotiis obtineret.

15. Postremo sciendum, in foro vim Consuetudinum habere stylum Curiæ, sive judicii, qui dicitur, & *praxis*, ut auctoritate juris Canonici probatur a Gailio *lib. 1. observ. 1. in pr.* ut tamen statuta jusque certum & liquidum per stylum Curiæ non putem abrogari, saltem quod ad jus partium attinet: quin semper Leges in contradictorio urgeri posse videantur. Diligenter etiam distinguendum, sitne stylus Judicii ex Advocatorum mutua indulgentia, aut errore jurisque ignorantia receptus, an certa judicum voluntate introducatur, quarum rerum multiplex in foro usus occurrit. Exemplum: Lex est Frisica, Exceptiones nunquam solæ, præpter fori declinatoriam, litis pendentis & rei judicatæ, sunt opponendæ, verum semper cum responsione principali conjungendæ sunt, *l. 3. Stat. tit. 13. n. 3.* Stylus judicii pridem contrarius est, adeo ut vix unquam Advocati exceptionem cum defensione principali conjungant, nisi quando exceptioni diffidunt, ejusque parvam rationem ipsi habent, aut habitum iri credunt. Putarem tamen si quis serio sese opponeret atque ad legem provocaret, fore, ut ea non posset negligi vel dissimulari. Aliud exemplum habet Sandius *in lib. 3. tit. 6. def. 8.* nos aliud in *Jurisprud. Hol. lib. 1. c. 2. n. 57.* ubi & Sandianum retulimus; tametsi non ignoremus quam difficulter ea, quæ contra rationem juris primo recepta, dein consuetudine obtenta sunt, ad simplicitatem juris præsertim aliunde demonstrata, reducantur. Hæc res admodum late patet, nec ulla abundantior causa Juris Romani per Europam usu labefactati, existit.

(k) *Pos. 20. 21.*

De

De Conflictu Legum
DIVERSARUM
IN DIVERSIS IMPERIIS.

I. Origo & usus hujus Quæsiti, forensis quidem, at juris Gentium magis quam civilis. II. Regulæ fundamentales hujus doctrinæ. III. Acta inter vivos & mortis causa valent ubique secundum jus loci, quo celebrantur. IV. Quod exemplo declaratur, testamenti. V. Contractus. VI. Rei Judicatæ. VII. Actionis instituendæ. VIII. Matrimonii. IX. Extendi hoc etiam ad effectus earum rerum, etiam quod ad immobilia. X. Limitatio regulæ de loco. XI. Alia limitatio ejusque ampliatio. XII. Regula de qualitatibus personalibus certo loco impressis, ubique vim habentibus. XIII. Scilicet, qualem ejusmodi personæ jure cujusque loci habent: ut exemplis declaratur. XIV. In jure immobilium spectari jus loci, quo sita sunt. XV. Declaratur exemplis Testamenti, Contractuum & Successionis ab intestato.

(a) SÆpe fit, ut negotia in uno loco contracta usum effectumque in diversi locis imperii habeant, aut alibi dijudicanda sint. Notum est porro, leges & statuta singulorum populorum multis partibus discrepare, posteaquam dissipatis imperii Romani provinciis, divisus est orbis Christianus in populos ferme innumeros, sibi mutuo non subjectos, nec ejusdem ordinis imperandi parendique consortes. In jure Romano non est mirum nihil hac de re extare, cum populi Rom. per omnes orbis partes diffusum & æquabili jure gubernatum Imperium, conflictui diversarum Legum non æque potuerit esse subjectum. Regulæ tamen fundamentales, secundum quas hujus rei judicium regi debet, ex ipso jure Rom. videntur esse petendæ: quanquam ipsa quæstio magis ad jus Gentium quam ad jus Civile pertineat, quatenus, quid diversi populi inter se servare debeant, ad juris Gentium rationes pertinere manifestum est. Nos ad detegendam hujus intricatissimæ quæstionis subtilitatem, tria collocabimus axiomata, quæ concessa, sicut omnino concedenda videntur, viam nobis ad reliqua planam redditura videntur.

2. Sunt autem hæc: *I. Leges cujusque imperii vim habent intra terminos ejusdem Reipublicæ, omnesque ei subjectos obligant, nec ultra, per l. ult. ff. de Jurisdict. II. Pro subjectis imperio habendi sunt omnes, qui intra terminos ejusdem reperiuntur, sive in perpetuum, sive ad tempus ibi commorentur, per l. 7. §. 10. in fin. de Interd. & Releg. III. Rectores imperiorum id comiter agunt, ut jura cujusque populi intra terminos ejus exercita, teneant ubique suam vim, quatenus nihil potestati aut juri alterius imperantis ejusque civium præjudicetur.* Ex quo liquet, hanc rem non ex simplici jure Civili, sed ex commodis & tacito populorum consensu esse petendam: quia sicut leges alterius populi apud alium directe valere non possunt, ita commerciis & usu gentium promiscuo nihil foret magis incommodum, quam si res jure certi loci validæ, mox alibi diversitate Juris infirmarentur, quæ est ratio tertii axiomatis: quod, uti nec prius, nullum videtur habere dubium. De secundo videntur aliqui secus arbitrari, quando peregrinos legibus loci, in quibus agunt, teneri negant. Quod in quibusdam casibus esse verum, fatemur, & videbimus *infra:* sed hanc positionem, *pro subjectis imperio habendos omnes, qui intra fines ejusdem agunt,* certissimam esse, cum natura Reipubl. & mos subigendi imperio cunctos in civitate repertos, tum id, quod de Arresto personali apud omnes fere gentes receptum est, arguit, Grot. *2. c. 11. n. 5.* Qui in loco aliquo contrahit, tanquam subditus temporarius legibus loci subjicitur. Nec enim ulla ratione freti sunt, qui peregrinos, sine alia causa, quam quod ibi reperiuntur, *Arresto* medio, illic juri sistere se cogunt, quam quod imperium in omnes, qui intra fines suos reperiuntur, sibi competere intelligunt.

3. Inde fluit hæc Positio: *Cuncta negotia & acta, tam in judicio quam extra judicium, seu mortis causa sive inter vivos, secundum jus certi loci rite celebrata, valent, etiam ubi diversa juris observatio viget, ac ubi sic inita, quemadmodum facta sunt, non valerent.* E contra, negotia & acta certo loco contra leges ejus loci celebrata, cum sint ab initio invalida, nusquam valere possunt; idque non modo respectu hominum, qui in loco contractus habent domicilium, sed & illorum, *qui ad tempus ibidem commorantur.* Sub hac tamen exceptione; si rectores alterius populi

(a) *Pos. 11. & seqq.*

li exinde notabili incommodo afficerentur, ut hi talibus actis atque negotiis usum effectumque dare non teneantur, secundum tertii axiomatis limitationem. Digna res est, quæ exemplis declaretur.

4. In *Hollandia* testamentum fieri potest coram Notario & duobus testibus, in *Frisia* non valet, nisi septem testibus confirmatum. Batavus fecit testamentum more loci in Hollandia, ex quo bona, quæ sita sunt in Frisia, illic petuntur. Quæritur, an judices Frisii secundum illud testamentum vindicias dare debeant. Leges Hollandiæ non possunt obligare Frisios, ideoque per axioma *primum* testamentum illud in Frisia non valeret, sed per axioma *tertium* valor ejus sustinetur & secundum illud jus dicitur. Sed Frisius proficiscitur in Hollandiam, ibique facit testamentum more loci contra jus Frisicum, redit in Frisiam, ibique diem obit, valetne testamentum? valebit, per axioma *secundum*, quia dum fuit in Hollandia, licet ad tempus, jure loci tenebatur, actusque ab initio validus ubique valere debet, per axioma *tertium*, idque sine discrimine mobilium & immobilium bonorum, ut juris est ac observatur. Frisius e contra facit in patria testamentum coram Notario cum duobus testibus, profertur in Hollandia, ibique bona sita petuntur; non fiet adjudicatio, quia testamentum inde ab initio fuit nullum, utpote factum contra jus loci. Quin idem juris erit, si Batavus heic in Frisia tale testamentum condat, etsi in Hollandia factum valeret; verum enim est, quod heic ita factum ab initio fuerit nullum, per ea quæ *modo* dicta fuerunt.

5. Quod de testamentis habuimus, locum etiam habet in *actibus inter vivos*; proinde contractus celebrati secundum jus loci, in quo contrahuntur, ubique tam in jure quam extra judicium, etiam ubi hoc modo celebrati non valerent, sustinentur: * idque non tantum de forma, sed etiam de materia contractus affirmandum est. *Ex gr.* in certo loco merces quædam prohibitæ sunt; si veudantur ibi, contractus est nullus: verum si merx eadem alibi sit vendita, ubi non erat interdicta, & ex contractu agatur in locis, ubi interdictum viget, Emptor condemnabitur; quia contractus inde ab initio validus fuit. Verum si merces venditæ, in altero loco, ubi prohibitæ sunt, essent tradendæ, jam non fieret condemnatio; quia repugnaret hoc juri & commodo Reip. quæ merces prohibuit, secundum limitationem axiomatis tertii. Ex adverso, si clam fuerint venditæ merces, in loco ubi prohibitæ sunt, emptio venditio non valet ab initio, nec parit actionem, quocunque loco instituatur, utique ad traditionem urgendam: nam si traditione facta, pretium solvere nollet emptor, non tam e contractu quam re obligaretur, quatenus cum alterius damno locupletior fieri vellet.

6. Similem usum habet hæc observatio in *rebus judicatis*. Sententia in aliquo loco pronuntiata, vel delicti venia ab eo, qui jurisdictionem illam habet, data, ubique habet effectum, ** nec fas est alterius Reipubl. magistratibus, Reum alibi absolutum veniave donatum, licet absque justa causa, persequi, aut iterum permittere accusandum; Rursus sub hac exceptione: nisi ad aliam Rempubl. evidens inde periculum aut incommodum resultare queat; ut hoc exemplo constare potest nostræ memoriæ. Titius in Frisiæ finibus homine percusso in capite, qui sequenti nocte, sanguine multo e naribus emisso, at bene potus atque cœnatus, erat extinctus, Titius, inquam, evasit in Transisulaniam. Ibi captus, ut videtur, volens, mox judicatus & absolutus est, tanquam homine non ex vulnere extincto. Hæc sententia mittitur in Frisiam, & petitur impunitas rei absoluti. Quanquam ratio absolutionis non erat a fide veri aliena, tamen Curia Frisiæ vim sententiæ veniamque Reo polliceri, Transisulanis licet postulantibus, gravata est. Quia tali in viciniam effugio & processu adfectato, ju-

* Hinc fœminæ, quæ extra Saxoniam domicilium habent, in Saxonia contrahentes, curatorem contractibus adhibere tenentur, Berlich. *P. 2. concl. 17. num. 55.* Philipp. *ad Dec. El. 24. Obs. 2.* Mulier autem Saxonica extra Saxoniam etiam sine Curatore, si Loci statuta id permittant, valide obligatur Carpzov. *P. 2. C. 15. d. 6.* Diss. Berlich. *d. l. n. 54.* Moller. *ad Const. 15. P. 2. n. 16.* conf. Stryck. *d. Caut. Contr. S. 1. c. 2.* §. *30.* Wibel. *d. Contract. mulier. c. 2. n. 28.*

** Mandatum Saxonicum von der Selbst-Rache, *d. an. 1712.* etiam eum, qui extraneus est, & commisso in Electoratu crimine aufugit, ac a domino territorii, in quod se recepit, haud coërcetur, non impunitum relinquit, §. *29. verb.* vor infam erkläret, und sein Nahme an den Galgen geschlagen werden. Eodem *mandato* §. *36.* cautum est, eum, qui extra Territorium duello congreditur & in Saxoniam se recipit, non in Saxonia esse puniendum, licet sit subditus ac civis, sed Domino territorii aut Judici, ubi deliquit, extradendum, nisi lis in Saxonia initium cœperit.

risdictioni Frisiorum eludendæ via nimis parata futura videbatur, quæ est tertii axiomatis exceptionis ratio. Idem obtinet in sententiis rerum Civilium, quo pertinet sequens exemplum memoriæ quoque nostræ. Civis *Harlinganus* contractum inierat cum *Groningano*, seque submiserat judicibus Groninganis. Vi submissionis hujus Groningam citatus, & cum non sisteret se, condemnatus fuerat, quasi per contumaciam. Petita executione, dubitatum est, an concedenda foret, in Curia Frisica. Dubitandi ratio, quod vi submissionis, si reus in territorio judicis, cui se submisit, non reperiatur, nemo contumaciæ peragi possit, ut *alibi* videbimus: neque *sine detrimento jurisdictionis nostræ, & præjudicio civium nostratium, talibus sententiis effectus dari queat*. Concessa tamen est eo tempore: quibusdam Dominis ita censentibus: quod Frisiis non liceret arbitrari, quo jure sententia Groningæ lata esset, modo secundum jus loci valeret. Alii hac ratione; quod Magistratus Harlinganus in urbe sua requisitus, citationem permiserat, quod facere potius non debuisset. Alioqui Amstelodamenses negavisse executionem sententiæ latæ in absentem, per Edictum vi submissionis citatum ad Curiam Frisicam, & nemine contradicente damnatum, memini factum, & recte, meo judicio; propter limitationem axiomatis *tertii* commemoratam.

7. Præterea dubitatum est, si ex contractu alibi celebrato, apud *nos* actio instituatur, atque in ista actione danda vel neganda, aliud juris apud nos, aliud esset ubi contractus erat initus, utrius loci jus servandum foret? Exemplum: Frisius in Hollandia debitor factus ex causa mercium particulatim venditarum, convenitur in Frisia post biennium. Opponit præscriptionem apud nos in ejusmodi debitis receptam. Creditor replicat, in Hollandia, ubi contractus initus erat, ejusmodi præscriptionem non esse receptam; proinde sibi non obstare in hac causa. Sed aliter judicatum est, semel in causa *Justi Blenkenfieldt* contra G. Y. iterum inter *Johannem Jonelinn*, Sartorem Principis Arausionensis, contra N. B. *utraque ante magnas ferias 1680.* Eadem ratione, si quis debitorem in Frisia conveniat ex instrumento coram Scabinis in Hollandia celebrato, quod ibi, non jure communi, habet paratam executionem, id heic eam vim non habebit, sed opus erit causæ cognitione & sententia. Ratio hæc est, quod præscriptio & executio non pertinent ad valorem contractus, sed ad tempus & modum actionis instituendæ, quæ per se quasi contractum separatumque negotium constituit, adeoque receptum est optima ratione, ut in ordinandis judiciis, loci consuetudo, ubi agitur, etsi de negotio alibi celebrato, spectetur, ut docet Sandius *lib. 1. tit. 12. def. 5.* ubi tradit, etiam in executione sententiæ alibi latæ, servari jus loci, in quo fit executio, non ubi res judicata est.

8. *Matrimonium* pertinet etiam ad has regulas. Si licitum est eo loco, ubi contractum & celebratum est, ubique validum erit effectumque habebit, sub eadem exceptione, præjudicii aliis non creandi; cui licet addere, si exempli nimis sit abominandi: ut si incestum juris gentium in secundo gradu contingeret alicubi esse permissum; quod vix est ut usu venire possit. In Frisia matrimonium est, quando mas & fœmina in nuptias consenserunt & se mutuo pro conjugibus habent, etsi in Ecclesia nunquam sint conjuncti: Id in Hollandia pro matrimonio non habetur. Frisici tamen Conjuges sine dubio apud Hollandos jure Conjugum, in lucris dotium, donationibus propter nuptias, successionibus liberorum, aliisque fruentur. Similiter, Brabantus uxore ducta dispensatione Pontificis, in gradu prohibito, si huc migret, tolerabitur; at tamen si Frisius cum fratris filia se conferat in Brabantiam ibique nuptias celebret, huc reversus non videtur tolerandus; quia sic jus nostrum pessimis exemplis eluderetur, eoque pertinet hæc observatio; Sæpe fit, ut adolescentes sub Curatoribus agentes, furtivos amores nuptiis conglutinare cupientes, abeant in Frisiam Orientalem, aliave loca, in quibus Curatorum consensus ad matrimonium non requiritur, juxta leges Romanas, quæ apud *nos* hac parte cessant. Celebrant ibi matrimonium, & mox redeunt in Patriam. Ego ita existimo, hanc rem manifesto pertinere ad eversionem juris nostri; ac ideo non esse Magistratus heic obligatos, e jure Gentium, ejusmodi nuptias agnoscere & ratas habere: Multoque magis statuendum est, eos contra Jus Gentium facere videri, qui civibus alieni imperii sua facilitate, jus patriis Legibus contrarium, scientes volentes impertiuntur.

9. Porro, non tantum ipsi contractus ipsæque nuptiæ, certis locis rite celebratæ, ubique pro justis & validis habentur, sed etiam jura & *effecta contractuum nuptiarumque* in iis locis recepta, ubique vim suam obtinebunt. In Hollandia conjuges

juges habent omnium bonorum communionem, quatenus aliter pactis dotalibus non convenit: hoc etiam locum habebit in bonis sitis in Frisia, licet ibi tantum sit communio quæstus & damni, non ipsorum bonorum. Ergo & Frisii conjuges manent singuli rerum suarum, etiam in Hollandia sitarum, domini: cum primum vero conjuges migrant ex una provincia in aliam, bona, quæ deinceps alteri adveniunt, cessant esse communia, maneutque distinctis proprietatibus; sicut res antea communes factæ, manent in eo statu juris, quem induerunt, ut docet Sandius *lib. 2. decis. tit. 5. def. 10.* ubi in fine testatur, inter consvetudinarios Doctores esse controversum, an *immobilia* bona etiam alibi sita, in tali specie communicentur, quod nos adfirmandum putamus. Ratio dubitandi, quod Leges alterius Reip. non possint alieni territorii partes integrantes afficere; sed responsio est duplex: Prima non fieri hoc vi Legis alienæ immediata, sed accedente consensu Potestatis summæ in altera Civitate, quæ legibus alienis in loco suo exercitis præbet effectum; sine suo suorumque præjudicio, mutuæ populorum utilitatis respectu, quod est fundamentum omnis hujus doctrinæ. Altera responsio est, non tantum hanc esse vim Legis, sed etiam consensum partium bona sua invicem communicantium, cujus vi mutatio dominii non minus per matrimonium quam per alios contractus fieri potest.

10. Verumtamen non ita præcise respiciendus est locus, in quo Contractus est initus, ut si partes alium in contrahendo locum respexerint, ille non potius sit considerandus. *Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur, in quo ut solveret, se obligavit, l. 21. de O. & A.* Proinde & locus matrimonii contracti non tam is est, ubi contractus nuptialis initus est, quam in quo contrahentes matrimonium exercere voluerunt; ut omni die fit, homines in Frisia indigenas aut incolas, ducere uxores in Hollandia, quas inde statim in Frisiam deducunt; idque si in ipso contractu ineundo propositum habeant, non oritur communio bonorum, etsi pacta dotalia sileant, secundum jus Hollandiæ, sed jus Frisiæ in hoc casu est loco contractus.

11. Datur & alia limitationis sæpe dictæ applicatio in hoc articulo; Effecta contractuum certo loco initorum, pro jure loci illius alibi quoque observantur, *si nullum inde civibus alienis creetur præjudicium, in jure sibi quæsito;* ad quod Potestas alterius loci non tenetur, neque potest extendere jus diversi territorii. Exemplum: Hypotheca conventionalis antiquior in re mobili, dat *πρωτοπραξίαν. jus Prælationis*, etiam contra tertium possessorem, Jure Cæsaris & in Frisia, non apud Batavos. Proinde si quis ex ejusmodi hypotheca in Hollandia agat adversus tertium, non audietur; quia jus illi tertio in ista re mobili quæsitum, per jus alieni territorii non potest auferri. Ampliamus hanc regulam tali extensione; Si jus loci in alio Imperio pugnet cum jure nostræ civitatis, in qua contractus etiam initus est, confligens cum eo contractu, qui alibi celebratus fuit: magis est, ut jus nostrum, quam jus alienum servemus. Exemplum: In Hollandia contractum est matrimonium cum pacto, *ne uxor teneatur ex ære alieno a Viro solo contracto;* Hoc etsi privatim contractum valere dicitur in Hollandia, cum præjudicio creditorum, quibus vir postea obligatus est: in Frisia id genus pacta non valent, nisi publicata, nec obstant ignorantiam allegantibus justam, idque recte secundum jus Cæsarum & æquitatem. Vir in Frisia contrahit æs alienum, uxor hic pro parte dimidia convenitur. Opponit pactum dotale suum; Creditores replicant, Jure Frisiæ non esse locum huic pacto, quia non est publicatum, & hoc prævalet apud nos in contractibus heic celebratis, ut nuperrime consultus respondi. Sed qui in Batavia contraxerunt, etsi agentes in Frisia, tamen repellentur; quia tum simplex unumque jus loci contractus, non duplex, venit in considerationem.

12. Ex Regulis initio collocatis etiam hoc axioma colligitur. *Qualitates personales certo loco alicui jure impressas, ubique circumferri & personam comitari, cum hoc effectu, ut ubivis locorum eo jure, quo tales personæ alibi gaudent vel subjecti sunt, fruantur & subjiciantur.* Hinc qui apud nos in Tutela, Curave sunt, ut adolescentes, filiifam. prodigi, mulieres nuptæ, ubique pro personis Curæ subjectis habentur, & jure, quod Cura singulis in locis tribuit, utuntur fruuntur. Hine qui in Frisia veniam ætatis impetravit, in Hollandia contrahens ibi non restituitur in integrum. Qui prodigus heic est declaratus, alibi contrahens valide non obligatur, neque convenitur. Rursus in quibusdam Provinciis qui viginti annos excessere, pro *majoribus* habentur, & possunt alienare bona immobilia, aliaque jura minorum exercere in illis etiam locis,

ubi ante viginti quinque annos nemo censetur esse major: quia Legibus rebusque judicatis aliarum Civitatum in suos subjectos, quælibet aliæ potestates comiter effectum tribuunt; quatenus suo suorumque juri quæsito non præjudicatur.

13. Sunt, qui hunc effectum qualitatis personalis ita interpretantur, ut qui certo loco, major aut minor, pubes aut impubes, filius aut paterfam. sub curatore vel extra Curam est, ubique tali jure fruatur, eique subjiciatur, quo fruitur & cui subjicitur in eo loco, ubi primum talis factus est, aut talis habetur: proinde, quod in patria potest aut non potest facere, id eum nusquam non posse vel prohiberi facere. Quæ res mihi non videtur habere rationem, quia nimia inde *σύγχυσις* jurium, & onus pro vicinis, ex aliorum legibus oriretur. Exemplis momentum rei patebit. Filiusfam. in *Frisia* non potest facere testamentum. Proficiscitur in *Hollandiam* ibique facit testamentum; quæritur, an valeat? Puto valere utique in *Hollandia, per Regulam primam & secundam*, quod Leges afficiant omnes eos, qui sunt in aliquo territorio: nec civile sit, ut Batavi de negotio apud se gesto, suis legibus neglectis, secundum alienas judicent. Attamen verum est, id heic in *Frisia* non habiturum esse effectum, per *regulam tertiam*, quod eo modo nihil facilius foret, quam Leges nostras a Civibus eludi, sicut eluderentur omni die. Sed alibi tale testamentum valebit, etiam ubi filiisfam. non licet facere testamentum, quia cessat ibi illa ratio eludendi juris patrii per suos cives; quod in tali specie non foret commissum.

14. Hoc exemplum spectabat actum ob personalem qualitatem domi prohibitum. Dabimus aliud de actu domi licito, sed illic, ubi celebratus est, prohibito, in suprema Curia quandoque judicatum. *Rudolphus Monsema* natus annos XVII. *Groningæ* diebus quatuordecim, postquam illuc migraverat, ut pharmaceuticam disceret, Testamentum condiderat, quod ei in Frisia liberum erat facere, sed *Groningæ*, ait D. *Nauta* Relator hujus judicati, non licet idem puberibus *infra XX. annos, nec tempore morbi fatalis, neque de bonis hereditariis ultra partem dimidiam.* Decesserat ex eo morbo adolescens, herede Patruo, materteris legato dimissis, quæ testamentum dicebant nullum, ut pote factum contra jus loci. Heres urgere, personalem qualitatem ubique circumferri, & jus ei in Patria competens alibi quoque valere: sed judicatum est contra testamentum, convenienter ei quod diximus, præsertim, cum heic eludendi juris patrii affectatio nulla fuisset, etsi minime consentientibus suffragiis, *Nauta* quoque dissentiente. *Decis. M. S. 134. Anno 1643. d. 27. Octobris.*

15. Fundamentum universæ hujus doctrinæ diximus esse, & tenemus, subjectionem hominum infra Leges cujusque territorii, quamdiu illic agunt, quæ facit, ut actus ab initio validus aut nullus, alibi quoque valere aut non valere non nequeat. Sed hæc ratio non convenit rebus immobilibus, quando illæ spectantur, non ut dependentes a libera dispositione cujusque patrisfamilias, verum quatenus certæ notæ lege cujusque Reip. ubi sita sunt, illis impressæ reperiuntur; hæ notæ manent indelebiles in ista Republ. quicquid aliarum Civitatum Leges aut privatorum dispositiones, secus aut contra statuant; nec enim sine magna confusione præjudicioque Reip. ubi sitæ sunt res soli, Leges de illis latæ, dispositionibus istis mutari possent. Hinc Frisius habens agros & domos in provincia Groningensi, non potest de illis testari, quia Lege prohibitum est ibi de bonis immobilibus testari, non valente Jure Frisico adficere bona, quæ partes alieni territorii integrantes constituunt. Sed an hoc non obstat ei, quod antea diximus, si factum sit Testamentum jure loci validum, id effectum habere etiam in bonis alibi sitis, ubi de illis testari licet? Non obstat; quia Legum diversitas in illa specie non afficit res soli, neque de illis loquitur, sed ordinat actum testandi; quo recte celebrato, Lex Reipubl. non vetat illum actum valere in immobilibus, quatenus nullus character illis ipsis a Lege loci impressus læditur aut imminuitur. Hæc observatio locum etiam in Contractibus habet: quibus in *Hollandia* venditæ res soli Frisici, modo in *Frisia* prohibito, licet, ubi gestus est, valido, recte venditæ intelliguntur; idemque in rebus non quidem immobilibus, at solo cohærentibus; uti si frumentum soli Frisici in *Hollandia* secundum *lastas*, ita dictas, sit venditum, non valet venditio, nec quidem in *Hollandia* secundum eam jus dicetur, etsi tale frumentum ibi non sit vendi prohibitum; quia in Frisia interdictum est; & solo cohæret ejusque pars est. Nec aliud juris erit in successionibus ab intestato; Si defunctus sit Paterfamilias, cujus bona in diversi locis imperii sita sunt, quantum attinet ad immobilia, servatur jus loci, in quo situs eorum est; quoad mobilia, servatur jus, quod illic loci est, ubi testator habuit domi-

domicilium, qua de re vide Sandium *lib. 4. decif. tit. VIII. def. 7.* Sunt hæ definitiones ejusmodi, ut a latiori explicatione non abhorreat, quando Statutarii Scriptores non desint, qui de nonnullis aliter existimaverint, quos vide laudatos apud Sandium in Decisionibus prædictis, quibus adde, quæ novissime tradit Rodenburgius *tract. de jur. quod orit. e Stat. divers.* inserto *libro de jure Conjugum.*

TIT. IV.

De Constitutionibus Principum.

I. Continuatio & divisio Juris a causis, consensu, necessitate, consvetudine. Partitio tituli. II. De Jure summæ potestatis, unde vis Constitutionum, differitur, & de lege Regia, remissive. Cæsarum potestatem fuisse absolutam, demonstratur e veteribus. IV. Rescripta Principum, de quibus rebus & qualia esse debeant. V. De Decreti & interlocutionis differentia ac potestate. VI. Pugna, quæ sit hac in parte inter l. 1. & l. 2. 3. C. h. t. *cum* l. 12. *eod. exponitur & finitur.*

DE tribus speciebus Juris, quæ Rubricam præcedentem constituunt, sic ait Modestinus in *l. pen. d. tit.* Ergo *omne jus aut consensus fecit, aut necessitas constituit, aut firmavit consuetudo.* Per consensum intelligit legem, quæ est sponsio populi. Necessitas ad Senatus consulta videtur esse referenda, per argumentum ejus, quod Pomponius ait, in *l. 2. §. 9. d. O. J.* ubi *Necessitas ipsa curam Reipubl. ad Senatum deduxit.* Sed hæc duo juxta Consuetudinem, non exhauriunt *omne jus*, cum adhuc reliquæ sint quatuor species. Dicendum, plebiscita sub lege comprehendi; Prætorum Edicta & responsa Prudentium, non fecisse jus αὐτενθικῶς, sed aliunde publici juris potestatem accepisse; vel dic, si placet, *omne jus*, de quo in illo titulo agitur, intelligi. Constitutiones Principum merito locum proprium requirebant, ut factum videmus. De his consideratur, 1. unde principes hanc potestatem acceperint. 2. Quæ sint Constitutionum Principalium species, earumque ratio & effectus.

2. Quod ad primum Caput attinet, hoc in quæstionem de Lege Regia, quæ de Principum potestate lata esse dicitur in *l. 1. h. t.* incidere palam est, de qua copiose egimus in *lib. 1. Digress. c. 12. & seqq.* omnisque disputationis compendium retulimus *in c. 34.* In *c. seq.* quæstionem, an & quatenus Princeps sit legibus solutus, executi sumus; quæ heic loci repetere non sustinemus: nec etiam de contractibus Principum agere, de quo D. Wissenbach ad *l. 3. C. de LL.* Nos eum tractatum ad *Libros de Jure Civitatis* retulimus, atque ibi illum plenius aliquando exequemur. Hoc plane collocandum est, vix aliud æque dari posse idoneum exemplum Summæ Potestatis simpliciter constitutæ, quam fuit in hac lege imperii Cæsarum Romanorum; qua populus Romanus omne suum Imperium & potestatem transtulit in Principem, *l. 1. h. tit. §. 6. Inst. de J. N. G. & C. l. 2. §. 7. C. de V. J. E.* Hac translatione facta, Principem necesse fuit omnia facere potuisse, quæ populus antea facere potuerat. Scimus quam hæc invidiosa positio apud multos respectu singulorum potestatis habeatur: Nos etiam in *libro 1. de Jure Civit. cap. 14.* non dissimulavimus, perperam consulere sibi videri populos, qui sua voluntate ejusmodi Imperium Regale stabiliunt, quam Samuel imprudentiam populo Israëlis exprobrare non cessavit. Existimamus tamen ita; quando populus ejusmodi simplicem Imperii constitutionem stabilivit, ut tunc Judæi, nostraque memoria *Dani* faciendum putarunt, ita juris esse, quemadmodum Samuel dictabat, talem populum, ad ferendas Regum injurias teneri, ut patientiam accommodent. Sed nos in disputatione juris, (nam facti quæstio, quid quisque populus statuerit, hinc est aliena,) quod habeant imperantes adversum subjectos, & hi vicissim, perpetuo utimur Aristocratiæ exemplo, qualis hodie est Venetæ, Batavicæ, Frisiæve Civitatis: atque demonstrare solemus, non esse absurdum, Optimates, sive Ordines illarum gentium, idem habere jus, quod habet major pars populi in Civitate mere populari. Quo scilicet obtento, Regnum simpliciter constitutum prorsus idem valere manifesto consequitur: sed hac de re locus agendi fuit ac est apud *dd. libros de Jure Civitatis.* Heic addendum; Credibile equidem esse, populum Rom. si tam sui juris & potestatis fuisset tempore Cæsarum, quam fuit tempore Regum primorum,

morum, tanta tamque libera potestate suos Principes supra caput suum non fuisse elaturos, quam factum esse liquet. Nam Reges etsi jus summæ potestatis habuerunt, omnia tamen jura soli non exercuere; si fides Halicarnassensi in *libro 2.* qui testatur, jus condendi leges, creandi magistratus, & faciendi bellum ac pacem, fuisse penes Regem, cum Senatu populoque pariter exercitum.

3. Hujusmodi limitationibus Cæsarum potestas circumscripta non fuit, ut non modo ex nostris de Lege Regia agentibus, sed & aliis e Scriptoribus passim liquet. Dion. *lib. 53.* de Imperatoribus agens, πᾶσαν τὴν τῆς βασιλείας ἰσχὺν περιβέβληνται, *omni regia potestate præditi sunt:* & de populo, ὐκ ἔςιν ὅπως ὐ βασιλεύωνται, *fieri non potest, quin Romani in regno sint.* Adde princ. libri 52. Οἱ Ῥωμαῖοι, inquit, μοναρχεῖσθαι αὖθις ἀκριβῶς ἤρξαντο, *Romani iterum exacti regno subjecti esse cœperunt;* licet Principes detrectent τὸ κατὰ τὔνομα φορτικὸν, *Regii nominis invidiam.* Hinc αὐταρχίαν eorum Imperium vocat. Idem *lib. 60.* αὐτοκράτορα ἀρχὴν, & quidem αὐτῷ ἐψηφίσαντο. *Decreverunt* Claudio *summam potestatem*, quam a cavillis vindicat explicatio ejusdem, *lib. 3.* αὐτοκράτορα ἑαυτῦ καὶ τῶν νόμων, Senatus declaravit Augustum habere *liberum jus & sui ipsius & legum*, quod quid aliud est quam nulli subditum & *absolutum*? Expressius eodem SCto jus datum Augusto scribit, ut ὅσα βύλοιτο ποιοίη, *faceret quæcunque vellet*, καὶ παῖθ' ὅσα ἂν μὴ βύλοιτο, μὴ πράτῃ. *nec quod nollet, ad hoc teneretur.* Quid hoc est, quam acta ejus nullo modo potuisse infirmari? quod est naturale κριτήριον summi & absoluti imperii. Grotius *l. 1. cap. 3. n. 7.* iterum de Principibus affirmat, quod fuerint ἐλεύθεροι ἀπὸ πάσης ἀναγκαίας νομίσεως, *liberi ab omni necessaria lege.* Demus, non de necessitate juris Naturæ vel Gentium hic agi, ut illustris Salmasius volebat; demus, civiles tantum leges intelligi, imo vim tantum coactivam illarum, ut vult angustissima interpretatio, tamen qui nulla civili sanctione tenetur, is est ἀνυπεύθυνος, *absolutus;* Et qui nunquam cogi potest, is nec superiorem nec parem habet, idemque Rex absolutus est: immota principia. Nec aliter Tacitus, quando cuncta sub Imperium accepisse Augustum, *1. ann. 1. & omnem potestatem ad unum collatam, 1. hist. 1.* verbotenus ut Ulp. noster in *d. l. 1.* tradit. Et Sueton. de Cajo *c. 14.* in vita: *Jus arbitriumque omnium rerum ei permissum est.* Pariter Strabo *lib. ult. in fin.* Ἡ πατρὶς ἐπετρεψεν αὐτῷ τὴν προστασίαν τῆς ἡγημονίας, *Patria permisit ei regimen Imperii.* Ἐπέτρεψεν idem est, quod Suetonii *permissum*, quod de simplici tolerantia & patientia nemo accipiet, qui in textu videt consensum Senatus, & irrumpentis in Curiam populi, & irritam Tiberii voluntatem factam. Et Strabo ipse scrupulum eximit, mox addens, καὶ πολέμυ καὶ εἰρήνης κατέςη κύριος διὰ βίυ, *Belli & Pacis Dominus, quamdiu viveret, est constitutus*, a quo nisi a Patria, παρὰ τῆς γερυσίας τῦτε δήμυ, *a Senatu Populoque?* ut modo ex Dione.

4. (a) Fuit pars I. tituli: De speciebus Constitutionum Principalium egimus in *parte I. l. 1. t. 2. n. 9.* Prima species est epistola sive Rescriptum.

SCHOLIUM.

Imo potius rescriptum est Genus epistolæ, quod sub se tres species continet, subscriptionem seu annotationem, Epistolam, & pragmaticam sanctionem. vid. Strauch. l. 7.

RESPONSIO.

Secutus sum JCtum in l. 1. h. t. *& Imperatorem* in §. 6. Inst. de Jur. Nat. Gent. & Civ. *qui epistolam ponunt, ut speciem e tribus unam summam. Posse alioqui Rescriptum ita sumi, ut vult Scholiastes, non recuso.*

N. ADDIT.

Mutat Autor statum controversiæ. Non enim quæritur, an epistola sit species una ex tribus, quod ipsi concedimus in scholio, sed an rescriptum sit Synonymum Epistolæ, quod nos negavimus, neque contrarium in allegatis ab Autore textibus deprehenditur. Sententia nostra fundatur in l. ult. Cod. de diverf. rescript. l. 1. C. de precib. Imp. offerendis, *junctis textibus Autoris.*

Sub ea continentur etiam Pragmaticæ Sanctiones, quæ sunt Rescripta *non ad singulorum preces super negotiis privatorum, sed si quando corpus aut schola, vel officium, vel Curia, vel civitas, vel Provincia, vel quædam universitas hominum, ob causam publicam fuderit preces, emanantia. l. ult. C. de diverf. Rescr.* Igitur quæ simpliciter Rescripta vocantur, ad singulorum preces, aut etiam post magistratuum relationem, ad judices emittuntur, *d. l. ult. in pr.* preces autem licet offerre Principi de quibusli-

(a) *Pos. 1. 2. 3. 4.*

bet

bet rebus, quæ prosint supplicantibus, aut veniam criminis indulgeant, *l. 7. C. de Precib. Imp. off.* Non valent, quatenus lædunt alium, aut jus alienum tollunt, *d. l. 7.* Nam dilationes a debitoribus peti possunt, neque tamen rescripta de illis valent, nisi fidejussio idonea super debiti solutione præbeatur, *l. 4. d. tit.* quod si hodie in *quinquennalibus*, ita dictis, servaretur induciis, exigua de illis causa querendi foret. Porro, non valent Rescripta Fisco damnosa, vel juri contraria, *l. 3. d. tit.* Quin ipsi Impp. talia rescripta ab omnibus refutari permittunt, *l. 6. d. tit.* Non licet etiam supplicare Principi, post provocationem, aut definitivam sententiam, vel ubi tempus appellationis effluxit, nec quidem lite pendente *tot. tit. C. ut lit. pend. vel post provoc.* Ratio non est obscura, quod Princeps cursum justitiæ suis Rescriptis turbari nolit, sub pœna litis amittendæ, *l. 2. d. tit.* quæ utique locum non habebit, si judex ipse cursum justitiæ obstruat eamque litigantibus impertiri noluerit. Ideo Mandatis (b) Principum non creditur, nisi per literas publice prolatas, quibus adjecta sit conditio, *si preces veritate nitantur*, *l. 1. C. de Mand. Princ. l. f. C. de divers. Rescr.* * ideoque non dantur executioni, nisi causa cognita, *l. 3. & ult. C. si contr. jus vel util. publ.* quod de judicialibus mandatis, non de politicis imperiis, quæ Magistratus & cives exequi, non interpretari debent, accipienda esse, ratio & textus allegati docent. Cæterum beneficia Rescriptis concessa plenissime interpretanda esse, tradit *l. 3. h. t.* quod ita capiendum esse de liberalitatibus ac indulgentiis, ne tamen exemptiones a jure communi nimium extendantur, docet ratio. Cujac. *1. Feud. 12.* vide Mornac. *in l. 3. h. t.*

5. Sequitur (c) altera pars Constitutionum Principalium, *Decreta*, quæ sunt sententiæ cum plena causæ cognitione a Principe latæ, cujusmodi vivum & elegans habes in *l. 3. de his, quæ in testam. del.* Quæ tali modo κατὰ διάγνωσιν probata sunt, omnia vim effectumque juris habent, *l. 1. h. t.* nempe, *Si imperialis Majestas causam cognitionaliter examinaverit, & partibus cominus constitutis, sententiam dixerit; omnes omnino judices, qui sub nostro imperio sunt, sciant, hanc esse legem non solum illi causæ, pro qua producta est, sed & omnibus similibus;* verba sunt Justiniani in *l. 12. C. de Legib.* Decretis opponuntur *Interlocutiones*, quæ bifariam appellantur. Proprie dicuntur ita, quæ causam non perimunt, sed ad progressum & regimen litis finiendæ pertinent, *l. 9. in fin. C. de sent. & interl.* Vocantur etiam ita pronuntiationes, quæ non cognita causa pro tribunali, sed obiter & de plano fiunt, *l. 1. §. 1. h. t.* quæ & legis ibi vim habere dicuntur: quam Justinianus tamen solis tribuit sententiis *causa cognitionaliter examinata.* Sed quid faciamus Theodosio & Valentiniano, qui sic in *l. 2. h. t.* *Quæ ex relationibus judicum in Palatii nostri auditorio introducto negotio, statuimus, nec generalia jura sint, sed leges faciant his duntaxat negotiis, pro quibus fuerint promulgata,* rescribunt. Ergo sententiæ a Principibus in quoque negotio singulari dictæ, non habent vim legum generalium, contra quam σφόδρα diserteque statuit Justinianus in *d. l. 12. fine ult. h. t.* D. Wissenbach. in comment. *ad d. LL.* refutatis aliorum responsionibus, ita distinguit, ut Theodosius in *d. l. 2.* loquatur *de sententiis, quæ in Consistorio Principis, ad relationem aut consultationem judicum, a Principe feruntur: Lex ultima agat de sententiis, quas ipse Princeps de causa cognoscens pronunciat, quarum alia non immerito atque diversa putanda sit ratio.* Sed præter, quod ea, quæ Princeps in Consistorio statuit, nunquam minoris habeantur, quam quæ solus decernit, illa conciliatio refellitur ex *l. seq. 3.* ubi Theodosius idem cum collega suo sanxerunt, leges ut generales ab omnibus æquabiliter observandas esse, tantum eas, *quæ programmatibus publicantur, vel expresse continent, quod Principes censuerint, ea, quæ in certis negotiis statuta sunt, similium quoque causarum fata componere.* Mox addunt; *Interlocutionibus, quas in uno negotio judicantes protulimus, vel postea proferemus, non in commune præjudicantibus:* ubi ipsas quoque sententias appellari Interlocutiones, quando Principes *inter* partes *loquuntur* & jus dicunt, aperte liquet. Estque mens Cæsarum, e verbis eorum claris, neque Rescripta neque sententias habere vim legum, nisi id promulgatum aut specialiter expressum fuerit, adeoque sola *Edicta*, quæ tertiam Constitutionum speciem exhibent, vim legis obtinere; sive illud Edictum

* Conditionem hanc: si preces veritate nitantur, non amplius hodie nominatim exprimi debere, sed in unoquoque rescripto subintelligi, ex jure Canonico receptum est, *c. 10. X. de rescript.* Mev. *P. 2. dec. 197.* Gail. *L. 1. Obs. 14. num. 5.*

(b) *Pos. 5. 6. 7.* (c) *Pos. 8. & seqq.*

sponta-

spontaneus Principi motus ingesserit, ἐξ οἰκείας φύσεως diceret Theophilus, *sive precatio* privatorum, *sive* Relatio Magistratuum, (unde *Rescripta*,) *sive lis mota*, (hinc Decreta,) *Legis occasionem postulaverit*. Si Justiniano deinde secus visum esset, an adeo stupidos fuisse credamus ministros ejus compilatores, ut contrariam sanctionem sub eadem Rubrica collocaturi fuerint? Malo constitutionem *l. ult.* sic accipere, ut intellectum voluerit Cæsar, etsi non dictum, ita demum judicata Principum habitura vim Legum universalem, *si Principes censuerint, ea, quæ in certis negotiis statuta sunt, similium quoque causarum fata componere*, ut est *in d. l. 3.* Atque illa res etiam rationi & utilitati publicæ, moribus hodiernis approbatæ, est consentanea; solis Edictis sive *Placatis* quæ dicuntur, vim legis αὐτενθικῶς esse tribuendam, ne jus a mutabilibus judicantium Principum motibus, qui sæpe diversis modis afficiuntur, pendeat. Quod eo plus, hodiernis moribus, habet evidentiæ, quo magis constat, his diebus Principes, quique summam in Civitatibus liberis exercent potestatem, rebus judicandis se dedere non solere, vel si his rebus se misceant, fere id eo comparatum esse, ut extra ordinem ignoscant, aut animadvertant; quod ad legis non valere consequentiam, ipsa juris Civilis regula dictat.

TIT. V.
De Statu hominum.

I. Doctrina de objectis juris Tribus & Unico, juxta rationem methodi in ff. exponitur. II. Differentia hominum in mares & fœminas, ubi de hermaphrodytis. III. Prærogativa Juris inter mares & fœminas. IV. De natis & nascituris, ubi de tempore partus justo. V. De illegitimis, *quos non dici respectu matris. VI. Divisiones aliæ personarum recensentur. VII. De Monstris quid, & an occidi possint.*

FUere (a) Præcognita Juris. Sequitur ipse tractatus Artis, cujus materiam JCti una partitionis summa complectuntur. *Omne jus, quo utimur*, ait Gajus, *vel ad Personas pertinet, vel ad Res, vel ad Actiones, l. 1. h.* Vetus est mos loquendi in Scholis juridicis, non a Veteribus tamen, quod tria sint juris objecta, Persona, Res & Actio. Quid autem hujus doctrinæ sit, accurate loquendo, in *libro IV. Digress. cap. 1.* edisseruimus, atque etiam ex Logica obiter demonstravimus; in omnibus practicis disciplinis objectum esse duplex, Usus, & Tractationis. *Usus objectum* esse, quod ars informat & perficit, ut in Ethicis mens humana. *Doctrinæ objectum*, esse idem cum subjecto sive artis materia, ut in Ethicis vitia ac virtutes. In Jurisprudentia objectum Usus est personas, sive homo, quatenus ei jus tribuendum, utpote cujus gratia jus omne constitutum est, *l. 2. h. t.* vel, si mavis, actiones humanæ, quas hæc ars regit & ordinat ad scopum justitiæ, objectum illud constituunt. Doctrinæ objectum est id, quod per definitiones & divisiones in omni corpore juris tractatur, idque non est aliud quam *suum cujusque*, sive facultas homini competens ad aliquid juste habendum vel agendum. Jam omne jus, quod ad aliquem pertinet, consideratur vel ratione status personalis, vel respectu rerum, quæ nos faciunt locupletiores, vel modi sive remedii, quo jus personale rerumque adserimus, qui modus est *Actio*.

(a) *Pos. 1.*

SCHOLIUM.

Spectat ergo huc principaliter jus perfectum, quod actiones parit, secundario tamen etiam jus imperfectum, quale v. g. oritur ex pactis nudis. conf. supra not. ad tit. 1. n. 1. posit. 4. seq. *Tolerare hæc possumus, ut Imperatorem salvemus. Nam accurate loquendo modus non variat rem.*

RESPONSIO.

Nimis hoc argutum: *In methodo artis profecto variat ejus tractatum adeo notabilis Remedii, ut est* Actio, *qua omne jus adseritur, consideratio.*

N. ADDIT.

Miscuit hic iterum Autor duo Scholia diversa, & sic illa pariter ac responsionem suam reddidit obscuram. Primum Scholium respicit, quod suum cujusque *Autor per* facultatem *&c. expressit, ad quod adeo Autor nihil excipit. Ego vero jam istud Scholium plane expungere mallem, postquam jam supra ad titulum de justitia & jure jus imperfectum rejeci. Et quod pacta nuda attinet, eorum tractatio ad jus pertinet, quatenus producunt exceptionem, seu quatenus Prætor iis assistit. Se-*

cundum

cundum Scholium, quod incipit in versic. Tolerare hæc possumus *&c. respicit ad verba Autoris præcedentia*, vel modi seu remedii, *& ad illud Autor in responsione excipit. Sed exceptio ista aperte terminos mutat. Nos dicimus: modus non variat rem, i. e.* jus, *quod ad aliquem pertinet, sive facultatem, (ita enim Juris vocem supposuerat Autor in præcedentibus;) Autor contra: Modus* persequendi jus *variat methodum artis seu* jus *systematice acceptum. Hæc ergo assertio nostræ non contradicit.*

Huc igitur summa redit; *Unum esse Juris objectum, quod est Facultas sive jus cuique competens. Quid?* an *jus* est Juris objectum? scilicet diverso sensu, quem *superius* pridem recognovimus. Tria vero feruntur particularia, quæ sunt illa celebria, Persona, Res, & Actio, inquam. (b) Institutiones secundum tria, quæ dicuntur *objecta* Juris, in scholis exacto ordine traduntur. In Pandectis ita quoque inchoatur: nam hic tit. *de statu hominum* est idem, cum *Rubr. de jure personarum in Inst.* eodemque pertinent *tit. 6. & 7.* In tit. VIII. agitur de Rebus; sed paucis positionibus, cum alioqui hæc pars juris latissime pateat. Inde fit transitus ad judicia, sive ad Actiones, quæ cum oriantur ex omni genere Juris, earum occasione tractantur omnia capita, quæ ad res vel ad personas referuntur. Nos ductum Imperatoris in hisce libris, ut ipse præivit, sequemur.

Dicimus, (c) eundem esse titulum *de statu hominum*, qui est *in Pandectis*, cum eo, quem in *Institutionibus*, sub inscriptione *de jure Personarum*, habuimus, non tam quod vocabula prorsus idem significent, quam quod æque late pateant *jura personarum & status hominum*, quatenus in hac Arte consideratur. Idem fere quod D. Thomasius.

SCHOLIUM.

Scilicet, quoad contenta & tractationem, quamvis differat ratione conceptuum. Nam status, est causa, propter quam homines diverso jure utuntur. Sed has argutias JCtus, veram scilicet non simulatam Philosophiam professus, aliorum delectationi relinquit. Conf. Aut. Ausp. domest. orat. 10. p. 216.

Idem mox:

Status vox sumitur vel late vel stricte. Late pro quavis differentia, secundum quam jus variat. Hujus divisiones vide omnium optime apud Pufendorff. de J. N. & G. lib. 1. c. 1. §. 6. seqq. *stricte pro his tribus, Libertatis, Civitatis & Familiæ. Principaliter huc spectat significatus strictior;* arg. tit. ff. hic; tit. Instit. de Jure person. cum seqq. tit. Instit. & ff. de capit. minut. l. 20. ff. h. t. *Latam tamen acceptionem sine dubio etiam in mente habuit Tribonianus, in* h. tit. l. 7. 9. 10. &c.

2. Quæ in priori parte commemorata sunt de hominum differentiis in *liberos & servos, ingenuosque & libertinos*, heic non repetemus. Sed est alia prior distinctio a sexu, in mares & in fœminas: Nam in dichotomia subsistere licet, etsi quæritur, *Hermaphrodytum cui comparemus*, apud Ulpianum *in l. 10. h. t.* hoc est, androgynum,

- - Cui forma duplex, nec fœmina dici,
Nec puer ut possit, neutrumque & utrumque videtur,
Nec duo sunt: ut Ovidius 3. *Metamorph.* 7.

At quia rara sunt hæc portenta, non visum fuit operæ pretium, inde tertiam constituere speciem, τὸ γὰρ ἅπαξ ἢ δὶς παραβαίνουσιν οἱ νομοθέται, *quod semel aut iterum contingit, hoc legum Auctores prætereunt, l. 6. d. LL.* Proinde magis puto, addit Ulpianus *in d. l. 10.* hermaphrodytum *ejus sexus æstimandum, qui in eo prævalet*, ut ex habitu & effectis colligendum sit, pro semiviro, an feminmuliere sit habendus.

3. Sed ad Jurisprudentiam magis pertinet Quæstio, sitne juris aliquod in sexu discrimen; ac utrius in civitate melior sit conditio. In universum ex jure Justinianeo dicendum videtur, omnes pari esse conditione. *Qui enim tales differentias inducunt*, verba Justiniani, *quasi naturæ accusatores existunt, quod non totos masculos generavit, unde generentur, non fiant, l. 4. C. de lib. præt.* Attamen, est ἐπίκρισις Ulpiani, *in multis juris nostri articulis deterior est conditio fœminarum, quam masculorum, d. l. 9. h.* Multos ejus generis articulos olim extitisse, & Ulpiani ævo plures quam Justiniani, a quo aliquot notabiles in *d. l. 4.* abrogantur, fuisse notum est; neque tamen adhuc regulæ *d. l. 9.* suus usus & observantia deest. In summa sic est dicendum; *Dignitatis* Privilegio viri, *Imbellicitatis* fœminæ præcellunt. Viri ad omnia publica munera dignitatesque & honores admittuntur; *Fœminæ ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotæ sunt, & ideo nec judices esse possunt, nec Magistratus gerere, nec postulare, nec pro alio intervenire, nec procuratores existere, l. 2. de R. J.* Præterea vir est *Princeps familiæ, l. 19. in pr. de V. S.* qui in domo *dominium*

(b) *Pos. 7. 8. 9.* (c) *Pos. 10. 11. 12.*

habet, sub cujus imperio & materfamilias continetur, *l. 195. §. 2. de V. S.* Ad articulos, in quibus melior conditio fœminarum, imbecillitatis ratione habetur, pertinet beneficium SCti Vellejani, quo succurritur mulieribus pro aliis intercedentibus, *l. 1. ff. ad Sc. Vellej.* Juris ignorantia mulieribus ignoscitur *propter sexus infirmitatem*, ait Paulus, in quibusdam negotiis, *non gravioribus delictis, l. 9. in pr. de Jur. & fact. ignor.* imo etiam in his, si ex Juris Civilis ignorantia delinquantur, *l. 38. §. 2. ad L. Jul. de adult.* quemadmodum & alias in pœnis criminum fœminæ sæpe mitius habentur, *l. 6. in pr. ad L. Jul. pecul.* quod nollem Justinianus ad pœnam adulterii capitalem illis remittendam, Viris sub Constantini sanctione retentis, produxisset *in Nov. 134. cap. 10.* Scilicet, ita bonus Imperator, in alia tamen causa: *Quis mulierum non misereatur, propter obsequia, quæ maritis præstant, propter partus periculum & ipsam liberorum procreationem, quarum corpore, substantia & omni vita funguntur mariti, l. ult. C. qui pot. in pign.* Valeant hæc & similia ad infirmitatis excusationem, non ad flagitiorum impunitatem promerendam. Certe talibus non prosint, qualis sexum gravata suum Medea, cujus apud Euripidem hoc dictum *in Med.*

γυναῖκές ἐσμεν ἀθλιώτατον φυτόν;

Quid fœminæ sumus? miserrimæ creaturæ.

4. Secunda differentia: (d) Homines sunt vel nati, vel nascituri. Nati rursus, Legitimi aut illegitimi. Legitimi tales ab initio, vel Legitimati. Ab initio tales, qui ex justo matrimonio, tempore suo, nati sunt. Quæ sint justæ nuptiæ, dictum est, aliasque dicetur. Tempus justum habetur, non minus quam sex mensium cum parte diei sequentis, sive dierum CLXXXII. cum parte majore diei sequentis, ut septimus mensis sit inchoatus, * quod ita *propter auctoritatem Doctissimi Viri Hippocratis* est receptum, ut auctor est Paulus in *l. 12. h. t.* locum Hippocratis eduximus in *Part. 1. l. 1. tit. 12. n. 6.* est in *pr. libri de part. septim.* Cujus uxor post hoc tempus peperit, eum Vir agnoscere cogitur, quia Pater est, quem nuptiæ demonstrant, *l. 3. & 4. de his, qui sui vel al. jur.* si paulo ante, secus; ac ita me respondere memini ante aliquot annos Viro honesto, civi Franekerano, cujus uxor paucis diebus eis illud tempus prolem pepererat validam, cum ante nuptias non nisi prima linea amassent, ut fatebantur. Idem de sexto mense judicatum esse a Senatu Gratianopolitano, testatur Autumn. *Conference du droit h. tit.*

SCHOLIUM.

Si tamen fœmina sit honesta & partus circa finem sexti mensis natus sit, & indicia adsint, eum nondum perfectam membrorum constitutionem in utero materno consecutum fuisse, pro legitimo pronunciari solet. vide D. Paul. Ammann. *Medic. Crit. resp. 4.* Conf. Finckelth. *Append. obs. 2. n. 14.*

Si de hominibus nasciturus aliquid memorandum, hoc teneatur; Ventres & posthumos distincte memorari. Ventres metonymice vocantur fœtus, qui sunt in utero, *qua tales.* Posthumi, quatenus ut jam nati considerentur. Sic posthumo datur Tutor, ut ad *tit. Inst. de Tutel. sub fin.* habuimus, qui post nativitatem ejus, initium muneris sui facturus est: sed ventri datur Curator, qui bonis eum expectantibus tantisper præponitur, ut videbimus in *Tit. de Ventr. in poss. & Cur. ej.* Leges etiam definivere tempus, quo fœtus in utero longissimum esse queat, decem mensium completorum, ut est scriptum in *l. 3. §. pen. de suis & legit. hered. l. pen. C. de posth. hered. inst.* neque in hac re ad auctoritatem medicorum provocant, re, ut videntur opinati, satis indubitata. Quamvis autem medici id aliquando aliter se habere, nonnulli scribunt, ideo non est, quod litem cum illis de fide talium narrationum reciprocemus. Etsi enim casus ejusmodi eveniant exquisiti, Juris tamen regulas eo nequaquam referri expedit, siquidem quod semel aut bis accidit, prætereunt Legislatores, ut diximus ex *l. 3. & seqq. de LL.* Justinianus tamen *postea intra mensem undecimum nasci partum legitimum, probavit* in *Nov. 39. c. 2.* ait noster Cl. Wissenbachius & quos ille secutus est; at hoc recte Sandius cum Alberico Gentili improbavit, *lib. 4. decis. tit. 8. defin. 10.* Neque enim ibi hoc agit Imperator,

* Hic terminus apud nos efficit, ut parentes, si partus scilicet initio septimi mensis post celebratas nuptias sit editus, Juramento purgatorio onerari nequeant, ac si anticipassent concubitum, Carpzov. *Jur. Consist. 1. def. 127.* Richter. *Dec. 89. n. 3.* cum alias pœna anticipati concubitus locum habeat, e. g. si primo Mense post nuptias susceperint conjuges, *Ord. Eccles. rubr. General.* Ben Ehe-Sach. n. *spec.* von Straffe der Unzucht. *pr. Corp. Jur. Sax. p. 276.* liberorum tamen legitimis natalibus id haud nocet, cum etiam post sponsalia publica ante nuptias nati pro legitimis habeantur, *Dec. El. 49.*

(d) *Pos. 13.*

ut

ut novum terminum posthumis agnascendis statuat; sed quasi factum commemorans, mulierem ait exstitisse, quæ post obitum mariti undecimo mense perfecto peperit, seque non ex viro defuncto peperisse satis impudenter est fassa, quam ideo Cæsar antenuptiali donatione mulctat. Quæ pœna ut locum habeat, ponit ejusmodi terminum partus, qui *indubitatum* reddat, *sobolem non ex priori consistere matrimonio*, qualem in illa specie facti Cæsar manifestum ponit. Non sequitur; ut pœna impudicitiæ locum habeat, tempus aliquanto largius accipitur: Ergo Justinianus extensionem illam & in aliis causis vult esse perpetuam. Tempus legitimi partus ea constitutione non est mutatum, si quidem mulier ibi ultro se non ex viro peperisse præ se tulit. Ideoque non est recedendum a sententia Ulpiani in *d. l. 3. §. pen.* Exempla rara, quibus longiores gestationes uteri prædicantur, pleraque sunt dubiæ fidei: & si qua vera, minime ejus momenti habenda, ut legem infringere vel mutare queant universalem. Durum tametsi videatur, mulierem integræ existimationis serius parientem, repellere & simul quasi impudicitiæ damnare; multo tamen gravius Reipubl. est, usque in duodecimum mensem a morte viri producere legitimum nascendi tempus: Quid est, si hoc non est fenestram partubus aperire supponendis, quo nihil intolerabilius; & hæreditatibus per occulta stupra captandis? Nulla lex est, unde non exquisitis casibus aliquid iniqui consequatur, quod utilitate publica abunde rependitur; considerandum hoc est, in summa quid utile sit, ait Cato supra citatus, apud Livium *lib. 34. cap. 3.*

SCHOLIUM.

Communiter putant in d. Novella 39. pro partu legitimo haberi eum, qui initio undecimi mensis natus est, vid. Finkelth. d. l. n. 59. seqq. *adeoque Jus vetus per eam esse extensum. Sed recte id negat Autor, cui junge rationes Sandii* d. l. *Observatur tamen aliud in praxi tanquam æquius:* Vide Præjudicia ibid. adducta n. 65. seqq. *Ulterior vero extensio non admittenda, quamvis & hac æquitatem præ se ferat; est quippe æquitas ista cerebrina*, vid. Finkelth. n. 71. seqq. & Sande d. l. ubi pro *partu duodecimestri pronunciatum fuisse refert.* Adde D. Ammann. d. l. cas. 29. & 44.

Verum tamen esse docet usus, ut quando in hypothesi versantur judices, difficulter eos fœminis honestatis reputatione notis præjudicare, quod exemplo firmat Sandius *lib. 4. tit. 4. decis. 10.* ubi plura in hanc rem vide. Obiter, quod vulgo traditur, Principem fuisse *Condæum* tredecim mensium natum puerum, etsi novissime a Buissonio vitæ *Turennii* auctore firmatum sit, scire cuperem, quis certus auctor; Nam *Mezerajus* præsentis quidem proavum, de quo est editio, sex mensibus a morte Patris in lucem editum esse testatur.

(e) *Pos. 18. & seqq.*

5. Hactenus de liberis legitimis. Illegitimos summa partitione complexi sumus in *parte 1. lib. 3. tit. 1. ad pos. 14. & seqq.* quæ repetere nihil attinet; nisi hoc addere velis, matrem non facere nothos & spurios, sed hujus respectu omnes videri justos & jure legitimorum gaudere, *§. 3. Inst. de Se. Orphit.* quoniam incertitudo, quæ ratione paterni respectus obstat, in matre non potest habere locum. Quæ res facit, ut quanquam masculini sexus ratio per se potior esse debeat, *vulgo tamen quæsitus matrem sequatur*, in *l. 19. h. t.* quia *Patrem suum nemo novit*; quemadmodum Telemachus Minervæ rogitanti, an esset Ulyssis filius, respondit, *Odyss. 1.*

Μήτηρ μέν τ' ἐμέ φησι τοῦ ἔμμεναι, αὐτὰρ ἔγωγε
Οὐκ οἶδ', οὐ γάρ πώ τις ἑὸν γόνον αὐτὸς ἀνέγνω.
Mater casta quidem me gnatum dicit Ulyssis.
Ast ego qui scirem! quis Patrem noverit unquam?

Minerva tamen eum Paternæ nobilitatis honore solatur,

Ἐπεὶ σέ γε τοῖον ἐγείνατο Πηνελόπεια.
Quoniam talem genuit te Penelopea.

Scilicet uxor Ulyssis. Nam matrimonium Jure Gentium pro nota certi Patris habetur; physicam certitudinem si quis exigeret, ille sororum liberos, ut quibusdam gentibus in usu esse accepimus, successores eligere deberet.

6. Præterea III. (e) Homines dividuntur in majores atque minores, & hi in puberes, vel impuberes. Pubertas est prima, vel plena. Prima 14. plena 17. annorum exactorum, sive octavi decimi inchoati in maribus, *l. 40. §. 1. de Adoption.* in fœminis prima pubertas 12. plena quatuordecim annorum est, *l. 14. §. 1. de Alimen. legat.* Cur plena triennio distat in maribus & fœminis, cum prima biennii discrimen habeat? Quia puellæ tanto celerius adhiberi possunt operis & servitiis, ut usus docet.

N. ADDIT.

Omisit hic Autor tria scholia nostra jam inserenda. Primum *ad verba:* Octavi decimi in-

choati, *ad quæ ista notavimus: Atqui hoc per* d. l. 40. §. 1. *non probatur. Vide quæ dixi ad Inst.* de adopt. posit. 6. *Ergo potius dicerem, in masculis 18. annum completum regulariter pro plena pubertate haberi, quod & in Electoribus Imperii videmus.* Secundum *ad verba:* Quatuordecim annorum, *ad quæ addidimus: Sine dubio exactorum.* conf. Const. crim. art. 164. *Si vero quatuordecim anni in fœminis exacti esse debent, etiam in masculis octodecim anni completi esse debent, non inchoati*, arg. d. l. 14. §. 1. Tertium *ad verba posit. 19.* Cur plena quadriennio distat &c. *(Ita enim tum scripserat Autor, quod postea correxit, & loco quadriennii hic posuit trienniun) unde mihi* sequens scholium *nascebatur: At si in masculis inchoatio decimi octavi anni sufficit, non distarent quadriennio, sed triennio. Quod vero Autor jam quidem ista Scholia omiserit, vel ideo factum, quod errorem de quadriennio, ita ab ultimo scholio monitus, jam correxerit, vel, quod forte putaverit prioribus duobus scholiis jam a se satisfactum esse* ad Instit. tit. de adopt. *Cum tamen ad istam responsionem Autoris ibidem multa de novo monuerim, putavi, non ingratum fore lectori, si & ista scholia hic repeterentur.*

Sed in impuberibus gradus ætatis distinguendi, qui omnino tres sunt; Infantes, infantiæ proximi, & pubertati proximi, *§. 9. Inst. de inutil. stipul.* Infantes sunt, qui nullum habent intellectum, *d. §. 9.* quales, qui sunt infra septimum ætatis annum, *l. 1. §. 2. de administr. tut. l. 4. de Sponsal.* Reliqui duo gradus expresse non dispescuntur, sed res monstrat, primam partem sequentis temporis infantiæ proximam; posteriorem pubertati esse proximam, ut Latini Dd. tradunt.

N. ADDIT.

Debetur & hæc emendatio scholio meo hic omisso. Dixerat enim antea in position. 20. Infantia majores esse rursus vel infantiæ vel pubertati proximos, prout longius a septennio vel 14. annis absunt. *Notaveram ad ista verba: Dicerem,* prout longius a septennio & 12. vel 14. annis absunt. *Nam infantiæ proximus dicitur, qui si masculus sit, a septennio consistit intra annum decimum & dimidium, aut pupilla intra annum nonum & dimidium. Pubertati proximi igitur sunt pupilli, qui annos illos superaverunt.* Vide Vinnium ad §. 9. Inst. de inutil. stipul.

Græci, ut Theoph. *d. §. 9.* verbo nimis inhærent, cum infantes volunt esse τὰς ἔτι θηλάζοντας, *adhuc lactantes*, καὶ μὴ δυναμένους φθέγγεσθαι, *qui loqui nequeant.* Nam etsi infans dicatur, quia fari non potest, nominis tamen usus aliquando latius patet. Infans, inquam, est, qui nihil intelligit, civiliter. Infantiæ proximus, qui hactenus intellectu & sermone utitur, ut sibi acquirere possit, *d. §. 9. l. 9. de acquir. hered.* Pubertati proximus, etiam doli & delinquendi capax habetur, *l. 111. d. R. J.* Alibi brevius, duo gradus traduntur, Infantium & non infantium, *l. 24. de man. vind.* alibi est infantium & impuberum oppositio, *l. 5. §. 2. ad L. Aquil.* Et hac duorum graduum oppositione crebro utimur, ut *in d. l. 1. §. 2. & d. l. 9.* quæ docent, pro infante tutorem agere & acquirere, cum in hoc nullum sit agendi principium: majorem infantia ipsum agere, tutore auctore.

IV. (f) Dividuntur homines, quod sunt vel sanæ mentis, vel dementes, & hi vel furiosi, vel mente capti; Rursus hi vel penitus, vel ex parte desipientes; ut latius *dix. l. 3. Digress. c. 18.* Rursus homines V. (g) sunt vel cives, vel extranei;

SCHOLIUM.

Olim hæc distinctio multam utilitatem afferebat, etiam in jure Privato. Hodie quoad hoc jus, ferre nullam. Nam & peregrini nuptias contrahunt, & patriam potestatem habent, & testamenta faciunt, & testes sunt, succedunt &c. utique nisi specialibus statutis aliud sit introductum.

Cives apud Romanos olim erant trium generum, Quirites, Latini, Italici. Quirites, qui tribum, juraque connubii, testamenti, tutelæ, mancipii habebant. Latini, qui istis juribus carebant, attamen suffragia in centuriis ferebant, & magistratus capiebant. Italici, qui suis legibus & propriis Magistratibus regebantur. Reliqui Provinciales, magistratibus Roma missis gubernabantur, Sigon *l. 1. de jur. Civ. Rom. c. 21.* Postea omnibus indistincte jus civitatis Romanæ datum est, ita ut cives nunc sint, quicunque liberi colunt orbem Romanum, sive qui in Republica sedem fortunarum suarum collocarunt, *l. 17. h. t.* Appellantur etiam cives quandoque κατ' ἐξοχὴν opposite ad incolas, quo sensu agitur de illis *in tit. ad Municip.* Extranei sunt, qui ad tempus in civitate versantur, cum animo eis breve abeundi. Præterea sunt vel nobiles vel ignobiles, politici aut Ecclesiastici; cujusmodi differentias heic latius exequi non fert institutum, cum magis sint juris publici. Proinde vide sis, quæ diximus in *libro 2. de jure Civit.*

7. Addatur aliquid de monstris. Dicitur Monstrum, quod contra formam humani generis converso more procreatum est, *l. 14. h. t.* non *humanæ figuræ, sed alterius magis quam hominis partus, l. 135. de V. S.* A tali monstro differt *ostentum* hominis, *tribus manibus forte aut pedibus, l. 38. d. V. S.* Monstra hodie magistratuum consensu occidi solere, tradit Grœnewegius ad *h. t.* Tu adde his cautionem, *nisi rationis in eo appareant indicia*, A. Matth. *de Crim. tit. de Sicar. c. 1. n. 6. in fin.*

* In Frisia status hominum, quatuor olim ordinibus distinguebatur, Nobilium, ingenuorum, Litorum, Servorum, ut probat D. Christianus Schotanus *Descript. Fris. c. 2. in fin.* Nobiles & ingenui scilicet etiamnum supersint; qui fuerint Liti, parum expeditum est; ego non dubito, quin fuerint adscriptitii, quales hodieque passim in Europa supersunt, homines propriis fundis colendis addicti. Et appellati videntur Liti, non tam a Frisico *Lytse*, quod significat humilem sive parvum, ut Siccama vult ad *LL. antiqu. Fris. tit. 1.* Verum potius a Frisico *Litten*, Belgico *Laten*; cujus etymologiæ probatio inde petitur, quod Flandri hodieque rusticos adscriptitios vocant *Laten*, quia relinquuntur & collocantur in agris, ut ipse *ibidem* Siccama testatur. Sed amor libertatis, Litorum & servorum vestigia penitus extinxit.

Nobilitas nihil est aliud, quam *Excellentia generis a dignitate majorum ad posteros propagata.* Novi homines, qui meritis virtutum aut favore Principum ad majorem dignitatem evehuntur, jure quidem nobilitatis gaudere possint, non sunt tamen proprie Nobiles, quos dicimus; posteros eorum maxime Nobiles salutamus. Originalis causa Nobilitatis, est potestas & voluntas summæ potestatis, quæ in Monarchiis diplomatibus Principum exercetur. In liberis civitatibus ex genere honorum, gestorum, quos Romani Curules vocabant, a majoribus gestorum colligitur, vel ex ordine hominum, ut Patricii Venetiis, aut denique ex appellatione diuturna populi, quasi per modum præscriptionis, ut apud nos in pluribus familiis. Existimamus, hoc genus nobilitate nihilo deterius esse, quam quod Principum largitionibus conceditur; quatenus liberi populi non est minor quam Principum, si jure suo velint uti, potestas, & quoniam Præscriptione quælibet jura acquiruntur, nulla ratio esse videtur, quamobrem nobilitas hoc quoque modo acquiri non possit. Sunt igitur Nobiles apud nos, qui vel Largitione Principum, vel immemoriali nuncupatione populi, jus & decus Nobilitatis adepti sunt.

Ignobiles in Frisia, vel Proprietarii, quos dicimus, vel populares sunt. Proprietarii vocantur possessores prædiorum rusticorum, quibus ab antiquo jus suffragii connexum est. Populares sunt, vel agricolæ, vel qui in urbibus ut membra Civitatis adsciti sunt; etsi aliter Cives sint omnes, qui in Repub. sedem fortunarum suarum collocarunt, animumque perpetuo commorandi habent, tam oppidani quam agricolæ, quibus opponuntur advenæ, qui ad tempus in Republ. commorantur. Sed hac de re in *tit. ff. ad Municipal.* agendum erit.

Olim etiam erant Clerici vel Laici. Sed Reformatores Ecclesiæ sic rationes suas inierunt, ut Ecclesiastici vix ullo jure præcipuo, quod ad juris rationem attinet, gaudeant in Republica. Sed diversitas Religionum non modicam facit differentiam, quæ & in pluribus elucet effectis. Hoc respectu homines sunt vel Orthodoxi vel Heterodoxi. Priores, qui publicum Dei cultum in Republ. stabilitum sequuntur. Posteriores, qui alium de divinis sensum & cultum præferunt. Tales sunt in triplici differentia: vel enim prohibentur, vel permittuntur, vel tolerantur. Qui prohibentur, sunt Pontificii & Sociniani. Permittuntur, lege lata, Confessionales sive Lutherani. Tolerantur, Mennonitæ, Remonstrantes. Etsi Mennonitæ pro permissis habendi videntur, tam ob vetustatem temporis, quam ob Ordinum Decretum *d. 28. Febr. 1673.* quo ipsis *præter liberum Religionis exercitium* alia quædam beneficia conceduntur. Sunt etiam Separatistæ, qui non tam Religionis quam puritatis & morum causa se a publicis conventibus segregant, quales ex Labadiæ disciplina apud nos consederunt & benigne tolerantur.

TIT. VI.

De His, qui sui vel al. juris.

I. Differentiam hujus Rubr. pertinere ad ordinem familiæ, de cujus natura agitur. II. De imperio viri in uxorem familiamque. III. De Asylis servorum. IV. De versione loci 1. Sam. VIII. 11. *V. Grotiana definitio servi notata. VI. Doctrina Aristot. de Patria potestate cum*

Jure Rom. confertur. VII. An recte jus antiquum Patriæ pot. sit abolitum. VIII. De Jure vendendi liberos recens natos. IX. Legitimationem non esse Legis actionem. X. Nepotem legitime natum, ex filio notho, per avi matrimonium legitimari.

Differentias status hominum, quas superiori capite executi sumus, ejusmodi esse apparet, ut ad statum generis humani in universum pertineant. (a) Secundum illas ad ordinem Familiarum transeunt Conditores, ex quibus proxime componitur Civitas, quæ est *multitudo Familiarum, juris fruendi & communis utilitatis causa, sub eadem summa potestate, sociata.* Pertinere autem hanc divisionem ad familiæ ordinem, vel inde liquet; quod, qui sui juris, Patresfamiliarum & Matresfamiliarum vocantur, seu puberes sive impuberes sint, *l. 4. D. h. t.* Res monet, ut paucis de familia dicamus. Multis modis ea vox usurpatur, uti dix. *lib. 1. de jur. Civ. c. 1. n. 6.* Hoc loco est societas domestica, quæ Ulpiano definitur in *l. 95. §. 2. de V. S. Plures personæ, quæ sunt sub unius potestate, natura aut Jure sociatæ.* Politicis displicet, quod JCtus familiam ad corpus personarum referat: volunt eam gubernationem esse, ut Arnisæus *l. 1. cap. 2. polit.* moderationem, ut Bodinus *1. de rep. 4.* perinde ut Resp. est ordo civitatis, τάξις πόλεως, ut Aristoteles, qui πόλιν & πολιτείαν civitatem & Rempubl. distinguit, at non idem in familia servat; quam per οἶκον & κοινωνίαν, *domum & cœtum* definit, *1. polit. c. 1.* & est inanis ea subtilitas: Civitatem a Republ. differre, diversitas nominum indicat; similis discrepantia de familia non usurpatur. Falso quoque Ulpiani definitionem collegiis Arnisæus convenire putat: nam de illorum essentia non est, ut sub unius potestate sint, nec in iis personæ utriusque sortis, tam natura quam jure sociatæ, ut in familia liberi & servi, reperiuntur. Ineptum vero, quod idem utrumque vitium adjecta voce *Patrisfamilias* corrigi putet: nam qui nescit, quid sit familia, eum vox *Patrisfamilias* certiorem non faciet. Si quis Ulpiano scopum familiæ ex Aristotele *d. cap. 2.* adjiciendum putet, εἰς πᾶσαν ἡμέραν, usus quotidiani causa; is omnem scrupulum auferet, & rei naturam efficaciter exprimet. Constituitur familia ex triplici Patrisfamilias conjunctione, cum uxore, cum liberis, cum servis: adeo ut perfecta familia paucioribus quatuor † personis constare nequeat, unaque deficiente, fiat imperfecta, Keckerm. *c. 5. œcon.*

(a) *Pos. 1. & seqq.*

† N. ADDIT.

Adnotaveram in Scholio ab Autore omisso, ex mente Aristotelis tres sufficere, patrem familias, matrem familias, servum. Sed eum magis ad essentiam familiæ, quam ad perfectionem respexisse. Bodini vero errorem quinque minimum requirentis, nullos deprehendisse asseclas, & jamdum explosum esse a Patre in disp. de minimo numero person. fam. & civ.

Mireris, eundem Arnisæum negare, liberos esse familiæ membra, quia finis ejus sint; præterquam enim, quod partem & finem esse, diverso respectu, haud plane sit absurdum, videtur proles matrimonii potius quam familiæ scopus esse, cujus finem Aristoteles suggerit quotidianam vitæ commoditatem, ut modo diximus.

2. Imperium familiæ penes virum esse, legibus divinis & humanis omnium gentium, summa ratione placuit, ut tamen juris positivi magis, quam naturalis id esse videatur, quod probavimus *lib. 2. Digress. c. 3.* ubi contra Hobbesium, qui jure naturæ primo, soli matri potestatem in liberos adscribit. Sed quemadmodum a Natura κοινὸν ἀμφοτέροις τὸ γινόμενον, ut Plutarchus ait *libro de prolis amore*, utrique Parenti *commune, quod generatur, est*, ita secundum hoc jus, matri non minus ac Patri imperium in liberos debetur: sed ratione utilitatis & quod ἡ ἰσοτιμία μάχην ποιεῖ, *æqualitas pugnam faceret*, necesse fuit, uni imperium deferri; nusquam verius illud Homeri:

Οὐκ ἀγαθὸν πολυκοιρανίη, εἷς κοίρανος ἔστω.
Res mala multorum regimen, Rex unicus esto.

Idcirco receptum, ut juris esset Gentium, quod Homerus idem alicubi,

Θεμιστεύει δὲ ἕκαστος,
Παίδων ἠδ᾽ ἀλόχων.
Quilibet imperio uxorem natosque gubernat.

Viri in uxorem imperium Aristoteles dixit πολιτικὸν, *civile*, in liberos βασιλικὸν, *regium*, in servos δεσποτικὸν, *herile*; quod cum Romani juris ingenio eximie convenit, quo mulier quidem est subjecta *in ordine* familiæ, fere ita, ut cives magistratui in imperio populari aut optimatium: hoc enim vox principis, quæ viro tribui-

tur

tur in *l. 195. §. 2. & pr. l. sequ. de V. S.* indicat, significans *primum* in ordine, ut fert Latini sermonis usus notissimus. Mulier tamen æque sui juris est ac vir, ut ad *pr. tit. Instit. de his, qui sui vel al. jur. sunt*, demonstrativus, collegiumque potius quam subjectionem arguunt hæc verba novis nuptis olim in ritu festivo celebrata, *Ubi tu Cajus, ego Caja.* quæ refert Plutarch. *Quæst. Rom. 30.* & quæ ipse hoc modo interpretatur: ὅπȣ σὺ κύριος καὶ οἰκοδεσπότης, ἐκεῖ ἐγὼ κυρία καὶ οἰκοδέσποινα. *Ubi tu dominus & paterfamilias, ibi ego domina & materfamilias.* Quin nec Viri civiliores cessabant uxores appellare dominas: *Peto a te, Domina uxor*, ait maritus *in l. 41. pr. de Legat. 1.* Alius ad uxorem, *Domina sanctissima, l. 19. §. 1. de Ann. legat.* Rursum alius, *Semproniæ dominæ meæ, l. ult. §. 1. de aur. & arg. leg.* Quod autem mireris, uxores viros suos sæpe tralatitie satis appellant. Sempronia illa vel alia, de marito suo; *Vir meus*, inquit, *d. l. ult. §. sequ.* & alia rursus satis magistraliter, *Gajum Sejum, Virum meum, commendo tibi, o filia, l. 34. §. 7. de Legat. 2.* Adeone degeneratum a jure prisco, quo Vir habebat jus vitæ & necis in uxorem; quod Bodinus *l. 1. de Republ. 4. capite*, reductum vellet in usum? Sed ut hoc nihil opus, neque conducit, ita nec voces adulantium maritorum, aut novatum licentia nuptarum, juri Principi atus, quod diximus, recte sumpto & intellecto derogare potest. Omnem, quæ juris Divini & Gentium est, potestatem relinquunt Leges maritis; sed propria subjectio civilis mulierum, infra viros, a Romanis nulla constituta reperitur; Moribus hodiernis satis constat, viros etiam civili potestate præditos esse in uxores, quæ si Cura non est, tamen ita appellatur, & a nobis apud locum de Tutela atque Cura explicabitur.

3. Sed in divisione personarum, quæ sui vel alieni juris sunt, uxores pro personis sui juris habentur; alienæ potestatis solummodo servi sunt & filiifam. De utrisque dictum est abunde *ad Institutiones.* Servis contra majorem dominorum asperitatem patet asylum apud statuam Principis. Tale jus asyli antiquitus in templis & aris supplicibus dari solitum, *passim* videmus, quod Christiani Principes ad sua templa transtulerunt, *tit. C. de his, qui ad Eccl. confug.* Sed tam hi quam Gentiles non sceleratis, sed infelicibus id tribuerunt, ȣ̓ τοῖς ἀδικȣ̃σιν, ἀλλὰ τοῖς ἀδικȣμένοις, *non facientibus, sed passis injuriam. Nov. 17. c. 7.* cui Demosth. *in Aphor. 1.* consentit, ȣ̓ τȣ̀ς ἀδίκȣς τῶν ἀνθρώπων, ἀλλὰ τȣ̀ς παρὰ λόγον δυστυχȣ̃ντας. *iis, qui præter rationem affliguntur.* Statius de ara Misericordiæ Atheniensi 12. *Theb.*

Et miseris fecere sacram.

Eundem usum asyla in populo Dei habuerunt, *Exod. 21. v. 13. & seqq.* Sed Pontifices hoc jus extenderunt ad facinorosos, *c. inter alia. & c. fin. de imm. Eccl.* quod in mores propagatum est, pessimo publico, ut asyla penitus aboleri præstaret.

In parte I. *d. tit. n. ult.* diximus, Principem non posse cogere cives, ut res suas vendant, multo minus eos spoliare; objicitur locus ex *lib. 1. Samuel. c. 8. v. 11. & seqq.* *Hoc erit jus Regis, filios & agros vestros accipiet & dabit servis suis &c.* Sic vulgata versio transtulit, *jus Regis*, secundum Græcos LXX. qui habent τὸ δικαίωμα, Lutherus *das Recht.* Sed alii vocis Hebrææ *mischphat*, hoc loco alium docent sensum esse, ut *mos* sive institutum Regis, non *jus* significetur. Hinc Tremellius, *Hæc erit ratio Regis*; Scaliger vult *1. epist. 15. modus Regis*; Diodatus Italice vertit, *la maniera*, ut & Anglus *the manner*, Genevenses *le traittement*, Piscator, *des Konings weise*; ut & Belgæ recentiores, *des Koninks wijse.* Sed *de Valera* Hispanus, *el juyzio*, & in notis, *el derecho*, id est, jus & judicium; quæ sine dubio frequentior est significatio & hic fortean aptior; quatenus utique non de vero jure & honesto, sed de impunitate, accipiendus est hic locus, vel de jure, quod obliget ad patiendum, quomodo & Prætor jus dicit, cum inique decernit, *l. 11. de Just. & jur.* idque cum effectu civili, *l. 25. de stat. hom.* Privatis enim Regi sævienti resistere non licet. Sic pater habet jus verberandi filium nihil mali meritum, quatenus filio reverberare non licet. Nec sequitur, quod vir summus *Sixtinus Amama* ad istum locum notat, in *collat. Bibl.* si res, quæ in *d. vers. 11. & seqq.* memorantur, ad jus regni pertinerent, *Achabus*, inquit, *non peccasset in causa Nabothi.* Aliud enim est jus regni externum, quod civili vinculo obedientiæ colligatur, aliud jus internum, quod apud Deum solum valet.

5. Ex jure vendendi & occidendi servos, de quo ad *d. tit. Inst.* liquet, de jure Gentium non esse perfectam servitutis definitionem, *quæ perpetuas operas pro alimentis debet*, ut Grotius tradit *l. 2. c. 5. n. 27.* imitatus, opinor, Chrysippum, qui apud Senecam *7. benef. 4.* Servum ait, *perpetuum* esse *mercenarium.* Nam huic operarum obliga-

obligationi non eſt conſequens jus vitæ necisque, neque vendendi quidem. Efficaeius igitur Noſtri ſervitutem dicunt, *qua quis domino alieno ſubjicitur.* Nam Dominus alienare & perdere poteſt. Quod ſi id tantum quærimus, quid ſimpliciter æquitati conveniat, non male forſan Chryſippus, ut Philoſophus, quam JCtus, *dix. lib. 2. Digreſſ. cap. 2.*

6. Ariſtoteles, Patrisfamilias imperium in Uxorem vocat πολιτικὸν, *ut dict.* & cum Ariſtocratico comparat, *3. Eth. 22.* Jus in ſervos non modo δεσποτικὸν, *herile*, ſed etiam τυραννικὴ ἡ δεσπότου ἀρχὴ πρὸς δοῦλον, inquit, *Tyrannica eſt Domini poteſtas in ſervos, l. 8. Nicom. c. 16.* non quod vitioſa & illicita, ſed quia paria Dominus in ſervos poteſt decernere, quæ Tyrannus, ſi jure ſuo abuti velit. Seneca: *Quid intereſt, quali quis teneatur imperio, ſi ſummo tenetur?* & mox, *quoniam ſub diſpari titulo paria licent, 3. benef. c. 18.* Sed poteſtatem in liberos βασιλικὴν, regiam dicit Philoſophus. Regii autem & Dominici imperii, quod βαρβαρικὸν Ariſtoteli eſt, diſcrimen conſiſtit in eo, quod in herili monarchia, tam libertas quam bonorum proprietas dominanti ſit obnoxia, cum in regno privatis utraque ſit ſalva. Secundum hanc *ἀναλογίαν Patria poteſtas* ita conſtituenda erat, ut liberis non modo libertas, ſed & rerum ſuarum dominium eſſet integrum. Imo in terminis naturalibus ſufficiebat, Parentibus dari jus in actiones liberorum, ubi infantiam exierint, quæ ad ſtatum familiæ pertinent, unde libertas & dominium minime dependent; ſed jus Gentium & præcipue Romanum, ulterius progreditur. Nam ratio Philoſophi, liberos liberalius quam ſervos habendi, veteribus Romanis adeo neglecta eſt, ut nec rerum dominium nec libertas corporum, filiisfamiliarum conſtiterit. Nihil enim ipſis proprium, ſed omnia Patrum erant, ut habuimus ad *pr. Inſt. per quas perſon. cuique acquir.* Præterea jus vitæ necisque, imo & vendendi filios, habuiſſe Patres, teſtis locuples eſt Dionyſ. Halicarnaſſ. *lib.* 2. Gell. *l. 5. c. 19.* Paulus in *l. 11. de lib. & poſth.* Quin & durius quam ſervi in eo ſunt habiti, quod poſt primam & ſecundam venditionem, renovato Patris jure, tertium vendi & ſic demum ſecuri libertatis fieri poſſent, diſerte Hal. *d. l. 2.* Ulpian. *in fragm. tit. 10.* Cujus triplicis venditionis remanſit veſtigium in emancipatione, Ulp. *d. tit. l. ult. C. de emancip.* Dionyſius præfert hanc Romuli legem Pittaci, Charondæ aliisque Græcorum inſtitutis; qui cum jus modicum Patribus dederint, hinc *apud Græcos multa in Parentes turpia liberi committunt*, ait.

7. Hæc ratio Bodinum *1. de Rep. 4. & 6.* movit, ut perperam hoc rigidum jus Patrum cenſeat abrogatum, in *l. 3. C. de patr. pot. l. un. C. de emend. propinq.* Sed cogitandum, Patriam poteſtatem eſſe *pietatem, l. ult. D. Qui a Par. manum.* nec in atrocitate conſiſtere, *l. 5. ff. ad L. Pompej.* nec opus Patri majore poteſtate, quam ad regimen familiæ requiratur, in quem finem modica coërcitio ſufficit, quæ tam Patri quam Senioribus propinquis conceditur, *d. l. un.* Gravior animadverſio rectius magiſtratui committitur, *l. 1. §. 2. de obſeq. Parent.* exemplo Juris divini, *Deuter. 21. v. 18. & ſeq.* Enimvero vendendi jus enormius fuit olim quam vitæ necisque; hoc enim ad familiæ imperium pertinebat, non venditio, quæ proinde celerius quam alterum illud diſplicuiſſe videtur; de qua recentiori obſervantia accipiendus forte Conſtantinus in *l. ult. C. de patr. pot.* ubi negat, potuiſſe Patres olim vendere filios, occidere cum poſſent: alioquin elenchus hiſtoriæ Latinæ eſſet in imperatore peregrino, vid. *2. Digreſſ. cap.* 4.

8. Etſi autem promiſcuum vendendi jus ſublatum ſit, tamen ejus veſtigium hodieque ſupereſt, in *l. 2. C. de Patrib. qui fil. ſuos diſtrax.* * ut dix. *ad tit. Inſtit. de Patr. pot. n. 2. ſub fin.* eo quod pater extrema egeſtate ſubactus filium vendere poteſt *ſangvinolentum*, id eſt, recenter natum duntaxat, quod tamen aliis ineptum videtur; Qua de re locus notabilis eſt in *lib. 2. Digreſſ. cap. 5.* quem heic exhibere non licet.

9. Cauſæ (b) patriæ poteſtatis ſunt tres, Nuptiæ, Legitimatio & Adoptio. De nuptiis alius locus eſt. De adoptione agitur *tit. ſeq.* & de legitimatione *ad tit. Inſt. de Nupt. §. ult.* abſolvimus. Unum alterumve ſupereſt; Genus Legitimationis conſulto a nobis *part. 1.* omiſſum, a multis traditur *Legis actio.* Vultej. *1. Juriſprud. cap. 23.* Treutler. *1. diſp. 2. theſ. 6. a.* conſentiente Bacho-

* Si Autor de Jure Civili noviſſimo hæc intelligi vult, res ſatis bene ſe habet, alias ſaltem apud nos hodie Patri haud licet partum ſangvinolentum vendere, cum onus alendi prolem in ſubſidium ad Magiſtratus pertineat. Struv. *S. J. C. Ex. 23. th. 27.* add. Perez. *ad Cod. L. IV. t. 43. n. 4.*

(b) *Poſ. 7. & ſeqq.*

vio.

vio. Si quidem legis actio nihil sit, quam quæ secundum Legis fit, nihil est scrupuli: Sed plus requiritur. Nam si Actus Legitimi non sint iidem cum Legis actionibus, ut Hotomannus haud temere disputat, *observ. ill. 32.* certum est, omnes Legis actiones apud Magistratus populi Rom. solitas agi, formulisque solennibus, a quibus recedere non liceret, constitisse, *l. 2. §. 6. de O. J.* Brisson. *4. antiq. 20.* At nullo species legitimationis coram Magistratu Romano fit, sed vel in Curia municipali, vel privato consensu, vel apud Principem, apud quem lege quidem agi potest; sed non per Rescriptum, quia in hoc nihil solenne est. Et formulæ, quo tempore legitimationes sunt repertæ, sub Bysantinis Impp. erant abolitæ, *tit. Cod. de form. & impetr. subl.* Eadem requisita locum in actibus voluntariæ jurisdictionis habent, quæ strictiori sensu legis actiones vocantur, *l. 1. de off. Jurid. Alex. l. 2. §. ult. & l. seq. de off. Proc.* Est quidem res voluntaria, Legitimatio, sed non proprie jurisdictionis, cum in jure & pro tribunali non fiat. Proinde, nullo sensu Legitimatio legis actio dicenda est, nisi abusive; sed nec actus legitimus, sive hic opponatur legis actioni, sive idem sit. Haud dubie enim omnes actus Legitimi certa solennitate constant, Jac. Gothofr. *ad l. 77. de R. J. n. 2.* qualis in nulla Legitimationis specie, quod sciam, est prodita. At ipsa vox, ait Treutl. hoc arguit; scil. legitimatio nomen habet non a forma, quod sit actus legitimus, sed ab effectu, quia liberos facit legitimos; sic cum tutoris datio sit actus legitimus, hoc tamen non ad Legitimam tutelam, ut ex voce videbatur, sed honorariam pertinet, *d. l. 77.* Plane actus legitimi sunt vetustioris instituti apud Rom. quam ut hoc nomen rebus Bysantii demum repertis convenire possit. Differentiam actionum Legis actuumque legitimorum, explicavimus *lib. 2. Digress. cap. 7. & supra de O. J.*

10. Matrimonium subsequens avi cum sua concubina, nepotem quoque legitimum reddere, Treutl. *vol. 1. disp. 2. th. 7.* cum aliis tradit, quod refutat *ibid.* Bach. & ex eo Vinnius *ad §. f. I. de Nupt.* Secernendæ sunt species quæstionis. Filio superstite & hunc & nepotem avo concubinam ducenti legitimos fieri, dubium non est. Eo mortuo, si & nepos ex concubina sit, hunc sui tantum Patris conjugium legitimare potuit, non avi; quia tunc vere medium deficit, per quod aviti vis conjugii ad illum pertingat. Ipse enim, quia naturalis est, non adnascitur avo immediate in locum filii. Sed nepoti & justis præmortui naturalis filii nuptiis, prodesse avi matrimonium, non videtur absurdum. Repræsentat enim Patrem suum ejusque jure in omnibus utitur. Per subsequens matrimonium *liberi* legitimantur, *h. §. & pass.* quid causæ est, cur non hic, ut in toto jure, sub liberorum appellatione nepotes contineantur? *l. 220. de V. S.* Cum ducitur concubina, tunc omnes ex ea nati legitimantur, & verum est, nepotes ejus progeniem esse, *d. l. 220.* quæ & clarius in hanc rem urget; Quotiens Lex simpliciter liberorum nomine utitur, omnes descendentium gradus intelligit, at hic simpliciter *liberos* habent LL. Patria potestas competit æque in nepotem ac filium; & legitimatio est causa patriæ potestatis. Ergo operatur æque in nepotem. Hæ rationes sunt directæ & claræ. Captiosum videtur, quod Vinnius movet ad *d. §. ult. Nepotem ex justo filio esse legitimam personam,* de quo legitimando frustra quæratur: cavillus, inquam. Est legitimus patris filius, non justi avi nepos, quia nec Pater cum moreretur, erat legitimus, nec si viveret, erat futurus, priusquam avus duxisset concubinam. Fachinæus *3. contr. 56.* utitur & hac ratione pro nobis; subsequens matrimonium retro operari inde a nativitate liberorum e concubina. Ergo & filius mortuus fingitur legitimus fuisse & consequenter nepos; est hoc paulo subtilius, non tamen falsum, ut vult Vinnius; *si verum hoc esset,* tunc legitimatos ait, justis liberis, ante nuptias concubinæ, alia uxore natis jure primogenituræ prælatum iri. Nam quid est necesse, operationem, quæ retrorsum fit, jus antea legitimis liberis quæsitum auferre? valeat hactenus, ut concubinæ liberis cæteris æquentur, in quibus concurrere possunt, non ut præferantur. Scilicet ponere debes † nepotem, qui sit filius legitimus sui patris jam mortui, nempe ut hic natus e concubina, ab suo patre non fuerit legitimatus. Ita non obstant, quæ Vinnius habet ad *d. §. ult. &c.*

SCHOLIUM.

† *Hoc vult dicere Autor: si nepos ipse etiam sit natus ex concubina, tunc per nuptias avi cum concubina, quæ patrem genuit, non legitimatur. Sin ex legitima uxore patris, tum legitimatur: quam sententiam defendi etiam ad* Strauch. IV. 8. p. 34.

TIT. VII.

De Adoptionibus, & Emancip. & aliis mod. quib. Patria potestas solvitur.

I. Cujus Juris adoptio, & mores quidam Germanici illis similes. II. An adoptio tribuat jus Nobilitatis, hic & remissive. *III. De Unione prolium & de Moribus hac parte. IV. De modis toll. patr. pot.*

ADoptio reperta est in solatium orbitatis, *εἰς τὸ τῆς φύσεως ἐλάττωμα ἢ δυςύχημα ἐπικουφίσαι, ad molliendum naturæ defectum vel infortunium*, ait Theoph. *pr. I. h. t.* Quæ ratio juri Gentium magis quam Civili convenit, nec fuisse Hebræis, Ægyptiis, Græcis incognitam adoptionem, historia testatur, obscure tamen; ut parum constet, an jus plenum Patriæ potestatis per hoc commentum alibi gentium transferri sit solitum, an educationis tantum susceptæ obligatio fuerit, qualis forte Mosis adoptio erat a filia Pharaonis, *Exod. 2.* Sane quæ apud veteres Germanos fieri solebat *per arma*, (cum Juvenes e manu Illustris alicujus Principis *equos, enses, clypeos, & reliqua instrumenta bellorum* acciperent, ut est in epist. Theodorici Gothi, quam refert Olaus Magnus *lib. 8. a princ.* quomodo & Justinianum ab Athalarico Gotho adoptatum Cassiodor. memorat, *l. 1. var.*) item quæ ab iisdem per capillum fiebat, (ritus erat, ut Principes Juvenum cæsariem inciderent, quod *sumere capillum* vocabant, Paulus Diacon. *l. 6. de gest. Longob.*) nihil quam appellationem Patrum & filiorum habuisse videntur, & solennem illustris juventutis initiationem belli. Adoptio igitur, etsi non solis Romanis cognita, ut hic tractatur, ad jus civile purum videtur referri posse, quatenus est modus acquirendæ potestatis; velut legatum facto & usu juris gentium est, & tamen inter modos acquirendi dominii mere civiles numeratur.

2. Cæterum, ὁ νόμος, ait Theoph. *ad §. 9. Inst. h. t. κατὰ πόδας βαδίζων τῆς φύσεως, lex pedetentim naturam sequens*, adoptionem fere per omnia ad similitudinem ejus redegit: Unde quæritur; an ut filius naturalis in nobilitatem paternam succedit, ita plebejus a nobili adoptatus nobilitatis particeps fiat. Dicuntur nobiles quasi notabiles & noti, ut oppidum nobile, Cic. 2. *Verr.* nec minus in malam ac bonam partem, ut gladiator nobilis & meretrix nobilis, Donat. *ad Hecyr. Ter. act. 5. sc. 2. in f.* Apud Romanos Nobilitatem nihil constat fuisse, quam claritudinem generis seu gentis, ex curulibus majorum honoribus; cujus symbolum erat jus imaginum; quo enim plures & vetustiores poterant imagines in cujusque familia ostendi, tanto major erat nobilitas. Unde Tacit. 2. *ann. c. 43.* nobilitatem Germanici vocat *claritudinem generis*, Drusi, *imagines* Claudiorum; *& l. 4. in fin. Viginti clarissimarum familiarum imagines antelatæ sunt, Manlii, Quintii, aliaque ejusdem nobilitatis nomina.* Atqui jus imaginum habuisse adoptivos, dubium non est, quia consequebantur jura cognationis, *l. 8. §. 4. D. unde cogn.* consanguinitatis, *l. 43. h. t.* omniaque familiæ, *l. 11. §. 2. de bon. poss. sec. tab.* inter quæ jus imaginum fuisse, vel ex Tac. liquet, *d. l. 4. in f.* Ergo & adoptivi participes imaginum fuere, quod firmatur ex Plinio *l. 35. c. 1.* ubi Messalam scribit indigne tulisse, quod Scipionum imagines adoptione indigna dedecorari videret; inanis cura, si adoptio nobilitatem non adderet. Adde Vopisc. in *Aureliano*, ubi hunc *heredem sacrorum, nominis, bonorum, totiusque juris*, adoptione factum ait. Clara apud Romanos res est, adoptione conferri jus nobilitatis. Plura dix. *ad tit. 1. de adopt. & lib. 2. Digress. c. ult.*

SCHOLIUM.

Aliud moribus nostris, quibus jus nobilitandi spectat ad reservata Imperatoris, qui semper in concessione nobilitatis restringit eam ad liberos per sanguinem descendentes. Conf. not. ad Strauch. IV. 18. p. 38. & Wissenb. h. t. th. 35.

3. Quid nostris moribus de adoptionibus obtineat, diximus ad *tit. Inst. de Adopt. in fin.* Enimvero superest hodieque similitudo quædam adoptionis alia; Quando, qui secundas nuptias contrahunt, privignos liberorum loco, æqualiter ad successionem vocant; UNIO PROLIUM appellatur, & fit coram magistratu, causa cognita, consentientibus iis, quorum interest, & ad solam successionem, non reliqua Patriæ potestatis jura pertinet.

pertinet. * Scopus est idem, qui in adoptione; ut qui natura parentes, fratres & sorores non sunt, hoc unionis commento, abolita æmulatione, esse videantur: quod sæpe aliter evenire usus docet, ob inæqualitatem bonorum, numerique liberorum, qui postea suscipiuntur, & novercalis invidiæ pervicaciam. Treutl. *vol. 1. disp. 6. th. 11.* Gail. *2. observ. 125.*

4. Partem alteram Rubricæ executi sumus ad *tit. Inst. Quib. mod. patr. pot. solv.* Moribus non obtinere modos solvendi Patriam potestatem, tradit Grœnew. ad *h. tit. Inst. & Pandect.* scil. illis in locis, ubi Patria potestas ipsa peculiares illas virtutes, quas habet jure civili, amisit. ** Ubi vero illæ supersunt, hi quoque modi valent, præter maximam & mediam capitis diminutionem, quæ vix hodie amplius exercentur, sublata servitute tam captivitatis quam pœnæ, qua de re Grœneweg. *ad d. tit. Inst. §. 5.* nisi quod hostis patriæ declaratus, quive ita proscriptus est, ut a quolibet occidi possit, pro civiliter mortuo sit habendus. Exules nostri potius relegati, quam deportati intelliguntur, de quorum differentia diximus *ad h. t. Inst. n. 2.* Damnatos ad remos ant ad opus publicum perpetuum, multi deportatis accensendos putant; haud temere, ut videtur; vide citatos apud Grœneweg. *d. tit. §. 3.* De effectu dignitatis hac parte egimus *ad d. tit. n. 4.* quibus adde, dignitatem locum tenentis in centuria militari, non tollere patriam potestatem, judicatum esse a Curia supremâ Frisiæ, in causa *Livii a Scheltinga* contra *Elisabetham Versfeek 17. Octobris 1648.*

5. Per matrimonium fieri tacitam emancipationem, dictum est in *parte I. h. Tit.* *** Sed non habet Pater idem jus in hac emancipatione tacita, quod habet in expressa, dimittium scil. usumfructum bonorum adventitiorum, *§. 2. I. per quas person. cuique acquir.* sed tenetur ad omnia bona liberis subministranda, ut jam olim a Curia judicatum in causa *Aeltie Dirks Jaersma*, contra *Gelliam Baerdt d. 19. Dec. 1612.* & est notæ observationis. Sandius hanc sententiam duabus limitationibus restringit in *lib. 2. tit. 7. def. 5. vers. & quidem. & vers. porro consuet.* Una, Pater ita demum amittit jus suum, si expresse consenserit **** adeo ut si tantum conniverit, ususfructus Patris maneat. Altera, per matrimonium Patria potestas solvitur, *quatenus id liberis expediat*, non ipsorum præjudicio. † Quod ad primam attinet, ea nec in legibus reperitur, nec a Curia, nec usu hominum approbata videtur, nec quidem ab Auctoribus a Sandio citatis ita adfirmatur. Verius est, quemadmodum tacitus Parentum consensus ad nuptiarum valorem sufficit, ita nuptias jure contractas sequi ordinarios effectus; quos inter est amissio ususfructus; in quam Pater juxta nuptias tacite consensisse creditur. Altera nec in legibus tradita, frequentius tamen ab Interpretibus adfirmatur, etsi usus ejus in hypothesi

* Neque unientis dignitatem & privilegia in liberos unitos transfert unio prolium, neque inter eosdem liberos testamenti factionem, salva ipsis legitima, tollit. vid. *l. 32. C. d. inof. test.* Lynck. *Ref. 432.* Franzk. *L. 2. Ref. 28. n. 13.* Schilter *ad ff. Ex. 3. th. 17.*

** Apud nos patria potestas adhuc fere iisdem modis finitur, quibus Jure Romano tollitur, ac sicuti adoptionem adhuc in usu esse, alibi fuit monitum, ita nec formalis emancipatio ab usu recessit. Requirunt autem plerique Dd. Saxonici judicem pro tribunali sedentem, & extrajudicialiter minus recte apud nos emancipationem fieri tradunt *a. LR. l. 1. art. 13. art. 19. & 30.* Coler. *Dec. 221. n. 6.* Phil. *ad Dec. El. 21. Obs. 5. n. 5. seqq.* j. Reinh. *p. 6. diss. 31. vid. supr. p. I.* conf. Schuberth. *differt. d. redintegratione patriæ potestatis, Lips. 1723. hab.*

*** Conf. *dicta ad Instit. Huber. p. 38.*

**** Sunt etiam, qui apud nos per œconomiam peculiarem patriam potestatem tolli, ac jus ususfructus, quod patri competit, non aliter extingvi sentiant, quam si patris accesserit consensus, Stryck *Us. Mod. ff. h. t. §. 20.* Manz. *§. 6. & f. quib. mod. Patr. Pot. solv. n. 21.* Sed uti Sandii sententiam Autor hoc loco vocat in dubium, ita Patrem regulariter dissentire non posse, nec suo dissensu impedire, quo minus, œconomia a filio Majorenne instituta, ususfructus Patri competens finiatur, ostendit Carpz. *p. 2. C. 10. def. 1. n. 4.* Moller. *d. C. n. 9.*

† Ita Berlich. quoque *P. 2. Concl. 11. n. 25.* œconomiam peculiarem patriam potestatem, tantum quoad effectus onerosos, non quoad commoda, e. g. Jus suitatis, tollere existimat, idemque de nuptiis filiæ, *a. Nov. 81. c. 2. l. 3. §. 5. ff. de bon. poss. contr. tabb.* affirmat Lyncker *Cent. 1. dec. 97.* add. Bald. *ad L. 8. C. d. suis & legitim. hered. num. 6.* Id certum satis est, Jus agnationis per emancipationem virtualem in Saxonia non amitti, *a. LR. l. 1. art. 23.* unde agnatis etiam, qui œconomiam instituerunt propriam, Jus ad tutelam, Hergewettam, & successionem feudalem salvum est. Stryck. *de Succ. ab Int. Diss. 1. c. 2. th. 42.*

parum liquidus videatur. Nec quæ Sandius adfert exempla veram inductionem continent. Primo, inquit, liberi emancipati hereditatem Patris non transmittunt; filios tamen uxoratos eam suo commodo transmittere statuit. Atqui jure novo cunctos liberos hereditatem non aditam transmittere, probavimus ad *tit. Inst. de hered. qual. & dif. n. 10.* Quod igitur uxorati jus illud habent, non ex illa regula, sed ex jure communi proficiscitur. Alterum Sandii exemplum: Filius emancipatus præteritus, non dicit testamentum Patris nullum: Filius conjugatus contra; quia hoc ei expedit: Ac ideo nepotem ex Filio conjugato ante Patrem defuncto, præteritum rupisse testamentum, Curia nostra definivit, ait: Quod equidem credo. Sed quia præteritio liberorum emancipatorum, quin & exheredatio sine causa, testamentum ipso jure nullum facit, ex sententia Dd. quam Curia sequitur, apud Sandium *d. lib. 2. tit. 2. def. 2. vers. Illud expeditum est.* nihil opus est ea regula ad Decisionem illam stabiliendam. Verendum adeo, ne sicut regula est apocrypha, sic etiam exemplis usum distinctum habentibus destituatur.

TIT. VIII.
De Rerum Divisione.

I. Continuatio, & Divisiones rerum per διχοτομίαν. II. Publicæ res quot modis dicantur. III. Divisionem in corporales & incorporales usu non carere.

TRactatu de Personis defunctorie transmisso, de Rebus adhuc paucioribus verbis absolvitur. Neque nos actum agemus, quando in parte priore tam de Rerum divisionibus, quam de cæteris illuc pertinentibus copiose satis locuti sumus. Cæterum, qualitas rerum ex divisione naturaque specierum intelligitur. Divisiones in Instit. traditæ sunt, quas si quis conjungere & per διχοτομίαν succinctius ordinare velit, ita dicat: Res sunt corporales, vel incorporales. Illæ mobiles, aut immobiles: * utræque sunt in patrimonio, vel extra patrimonium. Quæ sunt extra patrimonium, vel nunquam in eo fuerunt, vel desierunt esse; nunquam fuerunt res communes. Quæ desierunt, hæ in perpetuum, vel ad tempus exemptæ sunt dominio; in perpetuum res divini juris, ad tempus res hereditariæ & derelictæ.

SCHOLIUM.

Refert has res ad nullius Glossa ad l. 1. ff. h. t. & ad §. 11. Instit. eod. *Sed nescio quo Jure. Neque enim textus adducitur. Neque ratio id admittit, tum quia non cedunt occupanti, tum quia hereditas ante aditionem repræsentat defunctum.* pr. Inst. de inutil. stipul. *Eodem jure expungendus e numero rerum nullius est Thesaurus, a Glossa etiam eo relatus, quæ quidem etiam videtur meno fuisse* Pauli in l. 31. §. 1. de A. R. D. *Sed alio Jure utimur*, §. 39. Inst. h. t. conf. not. ad Strauch. VI. 32. p. 72.

RESPONSIO.

De facto res hereditatis jacentis esse Nullius, cum antiquus dominus sit mortuus, novus needum existat, palam est. Effectus tamen eosdem, qui sunt in rebus Nullius, heic cessare, non est mirum; propter spem domini mox futuri.

N. ADDIT.

Notus est versiculus Glossæ de quinque speciebus rerum nullius: Natura, (*ut feræ bestiæ*) Facto, (*res derelictæ*) Censura, (*res divini juris*) Tempore, (*res hereditatis jacentis*) Casu. (*Thesaurus.*) *Duas utimas Species rejecimus in Scholio. Tres priores quod attinet, uti illæ diserte in jure res nullius appellantur, ita commode possunt duobus generibus comprehendi. Aut enim res nullius tales sunt, ut per occupationem possint acquiri a privatis, ut feræ bestiæ, & res derelictæ, aut ut non possint.*

* Hæc divisio in primis in Saxonia usum præstat uberrimum ob successionem mobiliarem, quam marito in bonis uxoris competere, *ad Inst. p. 300.* fuit monitum. Unde, quid ad res mobiles pertineat, probe meretur observari. Referuntur autem huc etiam fructus, cultura jam peracta, quia pro perceptis habentur, L.R. *l. 2. art. 58. j. P. 3. C. El. 37.* Carpzov. *P. 1. C. 28. def. 124.* Hart. Pistor. *P. 1. q. 24. n. 81.* annui reditus, quorum dies venit, betagte Zinsen. *P. 3. C. El. 24. §. f.* Pecunia ex venditione immobilium, statis terminis solvenda, *P. 3. C. El. 2. §. f.* Pecunia etiam præsidii causa reposita. vid. Müller. ad Struv. *S. 7. C. Ex. 3. th. 82 lit. γ.* de pecunia credita uxoris, ut & de pecunia hæreditaria, vom Erbes Gelde, actum est *ad Inst. p. 138.* Addatur de molendinis pnevmaticis, *Dec. 53.* Philipp. *ad h. Decis. Obs. 1. num. 20.* Menck. *Gymnas. Polem. Jur. C. 6. Disp. 1. th. 9.*

possint, ut res divini juris. Ad priores, ex mente Pauli etiam referendus erat Thesaurus, ex mente vero Justiniani regulariter est ejus, cujus est fundus, in quo est absconditus. Nec hic litem movet Autor. Quod autem de hereditate jacente ait, eam de facto esse nullius, nos non ferit: quia quærimus de jure rerum nullius, aut de earum consideratione intuitu juris.

Quæ sunt in patrimonio, sunt publicæ vel privatæ, (quam publicas in patrimonio esse, probat *l. 1. de interd. & l. 14. de A. R. D.)* Publicæ iterum vel sunt tales in specie, vel Universitatum, quæ & publicæ dicuntur *l. 17. de V. S.*

2. Nusquam verius est, quam in Jure, quod circa infinita contingentia versatur, pauciora dari verba quam res; Ideo nulli non Artium conditores, iisdem verbis res diversas exprimunt. Publicæ res tribus modis dicuntur. Primo, res communes vocantur publicæ, ut de littoribus servat Justinianus in *§. 5. Inst. de R. D.* Secundo, res populi Romani aut alterius liberæ gentis, proprie vocantur Publicæ, ut portus & flumina, pecuniæque populi, *§. 2. Inst. d. tit.* Tertio, Res universitatis, ut municipiorum, vocantur publicæ in *l. 17. de V. S.* Ex his media significatio propria est, quam a duabus extremis separat Imperator in divisione, quam habet in *pr. d. tit.* quando res ita dividit, ut sint communes, publicæ, universitatis, nullius, & singulorum. Eaque tam recta quam simplex & evidentissima doctrina est, pro qua disputavimus *in lib. 6. Digression. c. 1.* refellimusque sententiam, quæ vult, res publicas non esse diversas a communibus, nec usu & consequentia juris. Quippe nunquam in eo sumus, ut qua libertate utuntur alii in rebus innovandis, ea nos in veteribus stabiliendis utendum ne putemus, pari tamen etiam moderatione, quæ decet ingenuas artes. Porro, Privatæ res singulorum, habentur vel jure in re, vel ad rem, ut vulgo loquimur; de quibus omnibus dictum est *tit. I. de A. R. D.* Res, quæ constant pondere, numero atque mensura, duplicem habent naturam; corporalem, quatenus tangi & cerni possunt, certoque loco sunt circumscriptæ, *l. 30. §. 6. de Legat. 1.* & incorporalem, prout in quantitate consistunt, *l. 94. §. 1. de solution.* Divisionem rerum in corporales & incorporales, hodieque in foris usum habere suum, diximus ad *tit. I. de reb. corp. & incorp. n. 5.* attamen sæpe fit, ut Statuta, quin & Testatores, atque contrahentes, universum patrimonium in res mobiles & immobiles partiantur; eo casu jura & actiones sub mobilibus continentur, nisi reditus sint ex rebus soli, qui sequuntur jus earum. Imo quoties agitur de proprietatibus rerum mobilium & immobilium, sic usus & ratio fert, ut incorporalia sequantur naturam mobilium rerum. Christin. ad Ll. Mechlin. *tit. 11. art. 25. n. 8. 9. tit. 9. art. 8. n. 16. 20.* Sand. *l. 4. tit. 8. def. 7. vers. aliud judic.*

SCHOLIUM.

At hoc non dicit Sande d. def. 7. *sed tantum, quod nomina sive actiones personales veniant nomine mobilium, quia ossibus personæ hærent. Ergo de actionibus realibus, quæ tamen & ipsæ sunt jura incorporalia, aliud dicendum erit. Et in his omnino videtur locum habere distinctio Carpzovii* P. 3. const. 13. def. 8. *utrum petantur res mobiles per easdem, an immobiles; quamvis per hanc distinctionem, simpliciter & absque prævia actionum realium & personalium separatione, quæstionem præsentem dirimat Carpzovius, alios plures* ibid. *citatos secutus.*

RESPONSIO.

Cum dixi, incorporalia sequi naturam mobilium, non intellexi jura immobilium rerum, ut sunt reditus ex fundis aut ædibus, nedum petitiones rerum soli; quæ non sequi res illas, quarum accessiones sunt, sed jura ab illis esse separata, facile credidi intellectum iri: si fuit exprimendum, id nunc additum volo. Cætera velim repetas ex tit. Inst. de reb. incorp. n. ult. *Sed collocemus hanc rem paulo pressius: Fit aliquando, ut in statutis, in Testamentis, & in contractibus, mentio fiat rerum mobilium, & immobilium, nulla incorporalium, & tamen manifestum sit, consilium fuisse, ut omnia bona comprehenderentur; Tunc ita servatur, ut actiones & jura, quibus res immobiles affectæ sunt, ad hasce referantur; cetera pro mobilibus habeantur,* dd. Auct. *Prima causa, de qua sententiam in Senatu Curiæ rogatus sum, hujusmodi fuit; Testatrix bona sua mobilia marito reliquerat pleno jure*, tot vrije wille; *immobilia quoad usumfructum*, te lijftonde; *de juribus & obligationibus nihil. Marito mortuo, heredes testatricis juxta res soli petebant obligationes, quas illa reliquerat. Heredes mariti illas pleno jure relictas sustinebant, atque ita judicatum est ante* ferias Paschales 1679. *Quod si Testatrix mobilium duntaxat meminisset, eaque pleno jure reliquisset; jam res incorporales, jura actionesque, petere non potuisset maritus, quia*

verum non est, res incorporeas esse mobiles; secundum ea, quæ ad d. tit. Inst. *demonstrata sunt.*

N. ADDIT.

Causa obscuritatis, quæ Scholio meo occasionem dedit, non mihi credo, sed Autori imputanda est. Etsi enim hic in responsione dicat se credidisse, facile intellectum iri, quod non intellexerit jura accessoria rerum immobilium, ut reditus ex fundo &c. sed jura ab his separata, repugnat tamen ipse textus. Nam qui dicit, ut Autor dixit, jura & actiones sub mobilibus contineri, nisi reditus sint ex rebus soli, & postea addit: imo *quoties agitur de proprietatibus rerum mobilium, sic usum ferre, ut incorporalia sequantur naturam rerum mobilium, is non potest non seducere lectorem per illam particulam* imo, *ut hic arbitretur, verba hæc subsequentia esse priorum correctoria. Quod vero addit in fine Responsionis Autor, maritum non posse petere jura & actiones ad res mobiles, si testatrix duntaxat mobilium fecisset mentionem, consentio, si res ex principiis solius Juris Romani fuisset deducenda. At quoad jus Germanicum distinguerem, an usa fuerit testatrix voce* beweglicher Güter, *an* der Mobilien. *Priori casu putarem maritum etiam lucrari jura & actiones pecuniarias, præprimis cum moribus Germaniæ, ubi maritus est heres mobiliaris, actiones pecuniariæ etiam mobilibus accensentur: Posteriori casu maritus non posset prætendere actiones pecuniarias. Solet enim vox* der Mobilien *magis accipi apud nos pro supellectili, in significatu Gallico, ubi* les meubles *denotant supellectilem.*

TIT. IX.

De Senatoribus.

I. Continuatio. Quid Senatores, & eorum differentia. II. Potestas eorum diversis Reip. Rom. temporibus. III. Quinam pro Senatoribus habeantur, & aliud eorum discrimen.

SAtisfecit Imperator, diis gratia, methodo Artis, secundum tria, quæ Juris objecta dicuntur; de Personis & Rebus dixit; atqui de Rebus consideratio totum Juris Corpus pene constituit, ut personas quasi brachiis, Actiones pedibus haud absurde comparare queas: sed Imperator hoc agit in *Pandectis*, ut omnia referat ad *Judicia*, quorum fons e Rebus profluit. Ideo nunc incipit a Personis judicium constituentibus, quas inter Cæsarum tempora fuere Senatores, tametsi magistratus non fuerint, nec judicum nomine cognoscantur, *l. 7. §. pen. de interd. & releg.* Olim Regibus lecti fuere, consilii publici causa, primum a Romulo, dein a Tarquinio Prisco; illi majorum, hi minorum gentium dicti: & postea sæpius supplementi causa dicebantur uno nomine *Conscripti Patres*, ut ex orationibus in Senatu habitis *passim* liquet; quanquam Festus in voce *allecti*, Patres Conscriptos, & Allectos, certo modo distinguit; quod usum non puto habuisse popularem. Aliud discrimen Gellius commemorat *pedariorum* a cæteris, quales qui nominatim a Consulibus non compellabantur ut sententiam dicerent, hoc modo, *dic, Marce Tulli*, referente Cicerone; verum qui pedibus in aliorum, qui dixerant, sententias ibat; quod in aliis, angustia temporis urgente, aliquando institutum fuisse legimus, vid. Gell. *in l. 3. c. 18.*

2. Cæterum, non modica jam Regum tempore Senatus auctoritas fuit, major tamen aut minor, prout Reges æquiores aut iniquiores extitere; pulsis Regibus id egere Senatores, ut summam potestatem ipsi tenerent. Sed adversante populo, *auctoritate* contenti esse debuerunt, cujus hæc vis erat, ut nihil ad populum, nisi approbante Senatu, ferre liceret, qua de re Livius agit in *lib. 1. cap. 17.* adde Cælium ad Ciceronem 8. *ad famil. ep. 7.* secundum quod Minucius Consul apud Dionysium *lib. 7.* tribunis consentientibus adfirmat, fas non esse Leges a plebe ferri, nisi præcesserit Senatus-Consultum. Fuit præterea penes Senatum quotidiana Reipubl. administratio & executio rerum a populo decretarum, quo pertinebat *exornandi Provincias* arbitrium, audiendi Legatos iisque respondendi usus, aliaque similia, ex quibus Reges populique externi, Rempubl. Romanam judicabant esse Aristocratiam, ut videmus apud Polybium *lib. 6. cap. 5.* sicut hodieque in nostra Republ. ob eandem rationem exteri fere ita judicant, potestatem summam Belgicarum *Provinciarum*, ut sic loqui fas sit, penes Ordines esse Generales, in quo non minus errant, quam qui Romano Senatui potestatem summam adscribebant. Cujus tamen erroris, nescio, an omni modo Justinianus excusari possit, dum ita scribit: Cum *auctus esset populus Romanus in eum modum,*

modum, ut difficile esset, eum in unum convocari Legis sanciendæ causa, æquum visum est, Senatum vice populi consuli, §. 5. I. de J. N. G. & C. Quod Theophilus explicans, narrat inter Senatum populumque initam esse conventionem τῦ τὰς ἀλλήλων δέξασθαι νομοθεσίας, *ut pars utraque sanctionibus alterius invicem se subjicerent.* Satis constat, nihil unquam ejusmodi inter ordines Civitatis Rom. convenisse, nisi quod de auctoritate Senatus & potestate populi circa Comitia, dictum est antea. Parum tamen abest, quin Pomponius in eundem lapidem impegisse videatur; si non eum secuti sint Justinianus & Theophilus auctorem, in *l. 2. de O. J. §. 9.* Imperatores deinde Senatus potestatem, quam olim habuerat, in quotidiana Reipubl. administratione sibi suoque consistorio vindicavere; senatu vero ut instrumento Dominationis usi, Jus Comitiorum in speciem ipsi dederunt, referente Tacito 1. *ann. 15.* Consultisque Senatus vim juris, quam olim non habuere, dederunt, *l. 9. de LL.* cum scilicet a nutu Principum, ad quorum orationes epistolasve condebantur, omnino penderent, ut etiam Senatusconsulta Principum orationes appellentur, *l. pen. ad SC. Tertull.* dix. in *lib. 1. Digress. cap. 3.* Quod de Republica Senatui decesserat, id Imperatores judicandi de publicis criminibus potestate suppleverunt, sed tam misera & obnoxia, ut nulla pars senatorii officii indignior magisque deformis fuerit, quemadmodum historiæ Augustæ legenti scriptores apparet.

3. Cæterum, appellantur hic Senatores, quicunque jus sententiæ in senatu dicendæ habent, *l. ult. in fin. h. t.* quales erant *Patricii* suo jure ita dicti, omnesque Magistratus & magistratibus functi, a consulibus usque ad omnes *Viros illustres* descendentes, *d. l. ult. §. 1.* Atqui non modo *Illustres*, sed etiam *Spectabiles* & *Clarissimi* fuere Senatores, ut Illustres sint primi, dein Spectabiles, Clarissimi tertio gradu, ut scribit Isidor. *9. etymol. c. 4. §. primi ordines.* pro diversitate dignitatum, quibus functi sunt; imo Illustres soli dicuntur habere jus sententiæ in senatu dicendæ, *d. l. ult. in fin.* Proinde Clarissimos & Spectabiles postea distinctos fuisse oportet, aut Illustres etiam generaliter accipiuntur; sicut etiam Clarissimos tam late sumi, ut non modo spectabiles, sed etiam illustres comprehendant, & Pacius *anal. h. t.* affirmat ex *Nov. 71.* & Gothofredus ad Rubr. *C. de Tutor. & Curat. Illustr. vel Clariss.* idemque Calvinus *in Lexico;* sed neuter locus id habet: contrarium est in *d. N. 71.* & textibus, quos viderim. Porro Senatoris filii non tantum naturales, sed & adoptivi habentur, etiam qui ante acquisitam dignitatem Senatoriam nati sunt, *l. 5. h. t.* quanquam in *l. 11. C. de Dignitatibus*, secus videatur scriptum, nisi hoc de immunitate functionis glebalis sit accipiendum, ut putat Cujac. in *d. l. 11.* a qua Senatores erant immunes. *l. 2. C. de Prætor. lib. 12.* Quid si nulla contrarietas, ut nec opus sit illo medio? In *l. 5. h. t.* dicitur, Senatoris filium esse, qui natus est, antequam Pater Senator esset; in *l. 11.* Senatoris filios esse privatos: hæc mihi contraria non videntur; Jura tamen *clarissimum* titulo gaudere eos, qui a Senatoribus suscepti sunt. Cæterum, in Municipiis, quæ erant urbes Romæ subjectæ, erat ordo decurionum, qui fere illic idem erat, quod Romæ Senatus, *l. 239. §. 5. de V. S.* juncta *l. omnes. C. de Decurion.*

TIT. X.

De Officio Consulis.

I. De magistratibus in genere. II. De Consulum officio, numero, potestate.

SEquuntur officia singulorum Magistratuum præcipuorum, qui fuerunt in Imperio Romano. Magistratus *est minister summæ Potestatis ad exercendas imperii partes, quas illa obire nequit, parentium bono constitutus.* Plures ejusmodi in Jure, pro magnitudine Imperii Romani, traduntur, suntque vel majores, vel minores. Illi, quibus imperium & potestas competit, *l. 32. de injur.* juncta *l. 2. de in jus voc. & l. 215. de V. S.* Minores, qui imperium non habent, sed aliam Reip. procurationem. *dd. ll.* Utrique, tam majores quam minores, erant vel Urbani, vel Provinciales: de quo genere utroque his titulis agitur. Sunt etiam Magistratus municipales, qui regunt singulas in quaque provincia civitates, quales erant duumviri & defensores civitatum, *l. 3. C. de defensor. civit.* sed de hoc genere in *lib. 50.* latius agendum.

2. Magistratuum Urbanorum primi, sunt Consules, qui duo sunt creati, ut alter, si malus esset, ab

ab altero cohiberetur, quod usque adeo bene successit, ut Cicero *contra Pison.* teneatur, nunquam ante Pisonem & Gabinium, ambos fuisse malos Consules, præter Marium & Cinnam: Nec fortasse Piso tam malus fuit, ac Cicero nimis iratus eum depingit; sane postea de illo æquius sensit, ut ex *Philippicis* apparet. Olim summa, sed annua, potestas erat Consulum per omnes reip. partes; at lege deinde lata cautum est, ut ab eis provocatio esset, neve possent in caput civis Romani animadvertere injussu populi, solumque relictum illis est, ut coërcere possent, & in vincula publica duci juberent. Etiam tribuni plebis ideo creati, ut plebi adversus consules opem ferrent, Liv. *lib. 2.* Sub Cæsaribus per alios Magistratus vis consulum exinanita est, ut tantum Præsides Senatus manerent, & postremo nudum nomen & ostentationem dignitatis, (in h. t. nihil illis quam voluntarii jurisdictio tribuitur.) sub Justiniano habuerunt. *N. 105. pr.* Cujacius tamen in *paratit. h.* officium consulis ait esse, non tantum vocare sen itum, consulere Reipubl. & manumissiones præbere; sed etiam consilium præbere, tutores, judices, vel arbitros dare, pignora capere, in possessionem mittere, restituere in integrum, cognoscere de præjudiciis, de fideicommissis, de alimentis, de pollicitationibus, delicta coercere, non tamen relegare, *l. 14. in fin. de interd. & releg.* hactenus Cujacius *parat. h. t.* Sane pleraque illa, si non hoc tit. tamen alias nobis occurrent. Justinianus anno XV, imperii Basilium creavit ultimum Consulem.

TIT. XI.

De Officio Præfecti Prætorio.

I. Officium Præfecti Prætorio. II. Quid, & ubi fuerit Prætorium; fuisse partem Palatii. III. Auditorium Cæsaris & Præfecti ejus fuisse Prætorium, vel in Prætorio, probatur ex Paulo ad Philip. I, 13. IV. De usu Prætorii in Provinciis. V. Contrariæ sententiæ expositio. VI. Cur Prætorii appellatio in hoc sensu tam rara sit apud Scriptores Latinos.

Ratio hujus nominis est, quia veteres, ut refert Justinianus in *N. 24. & sequ.* prætorem dixerunt omnem magistratum, cui pareret exercitus, quasi Præitorem: *& prætorium, tabernaculum ejus;* Deinde *in aula Principis, prætorium fuit*, & præfecti prætorio, qui aulæ præerant. Officium præf. Præt. fuit, judicare vice sacra, id est Principis, *C. Theod. de appell. l. 16.* adeo ut ab ejus sententia appellari non potuerit, sed intra biennium supplicatio admittatur, *l. un. §. 1. h. t.* Eorum formæ, τύποι, aliter ἐπαρχικὰ, Cujac. *h.* vim legis habent. *l. 2. de offic. præfect. prætor. Orient. & Illyr.* Præsides provinciarum eorum censuræ subditi sunt, *l. ne quis 8. C. eod.* Item, adversus eorum sententiam alii magistratus restituere non possunt, *d. l. un. in fin. h. t.* adeoque summa rerum ipsis commissa fuit, *l. 40. C. de Decur.* unde non dubitandum, quin habuerint merum imperium, *l. un. pr. §. 1. & 2. h. t.* Cujac. *parat. h.* Post Constantinum M. sede imperii in Græciam translata, quatuor Præfecti Prætorio fuerunt, Orientis, Græciæ, Illyrici, Africæ; ut passim ex inscriptionibus LL. in Codice apparet.

2. Hactenus olim a nobis scriptum, idque satis pro instituto præsenti. Verum quia non modo juris Romani usum, quem habet in seculo, sed notitiam ex fundamentis profitemur, oportet expendere vim sententiæ, nuper ortæ cum apparatu. Hæc Præfecto quidem Prætorii res satis salvas, sed Prætorium ei nullum relinquit, præter cohortes Prætorias, quæ juxta Prætorium semper habuere stationem: Disputatur ita, inquam, Prætorium sub Imperatoribus Romæ fuisse nullum; sed cohortes Prætorias vocari Prætorium. Detur venia Digressionis *hoc loco*, ut Prætorium super suum Præfectum ruens, si pote, fulciamus.

3. Nostra, id est communis, sententia duabus constat positionibus. Prima est hæc: Prætorium tempore libertatis fuit *Tabernaculum Imperatoris, in quo ipse agens, auditorium, & juxta quod milites Prætoriani stationem habebant*, qui nunquam illis temporibus dicti sunt *Prætorium*, aut eadem res cum Prætorio sunt habiti. In hac positione, quam in dubium vocari non videmus, nec commorabimur. Asconius in *de Prat. Verr. Veteres enim*, ait, *omnem magistratum, cui pareret exercitus, Prætorem appellaverunt. Unde & Prætorium Tabernaculum ejus dicitur, & in Castris porta Prætoria, & hodie quoque Præfectus Prætorio.* Dicit, tabernaculum Imperatoris dictum fuisse Prætorium, ac inde hodieque *Præfectum Prætorio* appellari, quod præsit Imperatoris

ratoris tabernaculo; de cohortibus οὐδεὶς λόγος hactenus. Est igitur altera positio hæc nostra: Tempore Cæsarum, *Prætorium* fuit *Pars palatii*, *in qua fuit auditorium Imperatoris & ejus Præfecti*, *cum statione militum Prætorianorum.* Augustus bellis civilibus defunctus, cum omnia nomine Principis sub imperium accepisset, cohortes Prætorias, quas plures habebat, in urbe collocavit, & in Palatio Prætorium, juxta quod cohortes Prætoriæ stationem habere consueverant, fixit perpetuum. Auctor Dion Cassius in *lib. 53.* Καλεῖται δὲ τὰ Βασίλεια παλάτιον, ὅτι ἔντε τῷ παλατίῳ ὁ Καῖσαρ ᾤκει καὶ ἐκεῖ τὸ στρατήγιον εἶχε. *Imperatoris ædes vocantur Palatium, quoniam & Cæsar in palatio habitabat atque ibi habebat Prætorium*; ut unice verti debet ac potest, quemadmodum Leunclavius, Sylburgius, uterque Stephanus, aliique omnes acceperunt. Nam στρατηγὸς est *Prætor* & στρατήγιον *Prætorium, κατὰ πόδας*. Sunt autem tria in his verbis notanda: Primum, quod Prætorium fuerit in Palatio. Secundum, quod domus Cæsaris etiam nomen suum acceperit inde, quod ibi erat prætorium. Tertium, quod tamen nomen domus Cæsareæ non fuit *Prætorium*, sed Palatium. Hinc præter rem ipsam tres oriuntur collectiones: 1. Prætorium fuisse domum vel ejus partem, quia Palatium Cæsaris *Domus* fuit, non tantum ob habitationem, sed etiam quia Prætorium illic erat. 2. Habitationem Cæsaris fuisse distinctam a prætorio, licet utrumque fuerit in palatio. 3. Vulgo & πανδημεὶ domum Cæsaris non fuisse dictam *Prætorium*, sed Palatium. Unde responsio ad objectionem, quæ una sententiæ inexpectatissimæ dedit ansam, quod Prætorii vox in usu promiscuo & descriptionibus Urbis, tanquam domus, non occurrit; cujus rei dabimus infra adhuc aliam rationem. Præterea, Prætorium fuisse partem domus Imperatoriæ, sicut olim in Prætorio castrensi Imperator & degebat & auditorium habuit, indicant Græci rerum Romanarum Scriptores, Plutarchus, Herodianus, Zosimus, qui *Præfectum Prætorio* vernacule reddentes, ἔπαρχον αὐλῆς, *Præfectum aulæ*, aut etiam ὕπαρχον αὐλῆς, *quasi Subpræfectum aulæ*, vocant, quia vices Imperatoris gerebat. Aula non est alia, opinor, quam *aulica domus*, ut Spartianus in *Hadriano*; quam Græci sub nomine *Prætorii* comprehendunt, partem pro toto, & quia sic in Provincia consueverant, domum Præfecti vicem Cæsaris gerentis, vocavere *Prætorium* & *Aulam*. Marcus, ἔσω τῆς αὐλῆς, ὅ ἐστι Πραιτώριον, *intra aulam, id est Prætorium, cap. XV, 16.* quod imitatione Urbis factum, ubi Imperator, sicut in Provinciis Præsides, habitabat, in eadem domo, quæ *Prætorium* habebat, licet alia parte domus scilicet. Hoc vero ad urbem minime transtulissent Græci rei Rom. Scriptores, si non eodem modo se res illic habuisset, & Prætorium, quod aulam vocant, duntaxat aulicæ domus pars non fuisset. Præfectus igitur Prætorii est ἔπαρχος αὐλῆς, *Præfectus aulæ*: neque Prætorium ab aula separatum, nisi quis duo distincta officia, Præfecturam aulæ & Præfecturam Prætorii, quæ in eodem Præfecto concurrerint, tempore primorum Cæsarum nobis excogitet: quanquam ne sic quidem Græci Præfectum *Prætorii* simpliciter τῆς αὐλῆς dixissent, si aula & Prætorium res separatæ, nec aulæ Præfectura, fuisset ipsa Præfectura Prætorii.

4. Sic probatum est genus in definitione Prætorii, quod fuerit *pars Palatii*, idque universæ disputationi conficiendæ sufficit. Pergemus tamen: Sequitur in definitione, *ubi fuit Auditorium Cæsaris ejusque Præfecti.* Quod Cæsar ejusque Præfectus habuerint *auditorium*, etsi hoc quoque rarissime commemoretur, dubitare non patitur cum ipsa res & necessitas jurisdictionis, quam habuit Cæsar & ejus vice judicans Præfectus, tum nec Paulus Juris Consultus in *l. lecta. 40. ʒ. de Reb. Cred.* ubi: *in auditorio Æmilii Papiniani Præfecti Prætorio Jurisconsulti.* a quo distinctum fuit Auditorium Principis, *l. 8. §. 1. & 2. ff. de Minor.* Hoc utrumque auditorium alibi fuisse quam apud Aulam Cæsaris, cui Præfectus erat Papinianus, non contendent; saltem, qui nusquam fuisse Prætorium domum in urbe, persuasi sunt: Verum in qua fuit Auditorium, hanc domum vocatam fuisse *Prætorium*, docet tam clare *Paulus Divus in epistolis suis*, ut ingenti inopia veri opus sit, ad diversam e verbis ejus interpretationem exprimendam. Provocaverat e Provincia ad Cæsarem Paulus, ut ex *Actis* notum est, ideoque judicandus erat in ejus auditorio. Auditus est καὶ παρέστη τῷ Καίσαρι Νέρωνι *& stetit in jure coram Cæsare Nerone*, ut habet subscriptio secundæ ad Timotheum, habuitque orationem Paulus apologeticam sine ullis advocatis, hoc est amicis consiliariis, quales erant antiquitus *advocati*, ut ipse narrat Timotheo in *eadem epistola cap. ult. v. 16.* ubi οὐδείς μοι συμπαρεγένετο.

nemo mihi adsistebat, adeoque etiam fine Patrono, cujus ab advocati officio distinctum munus erat. Ipse causam egit suam. Erant tunc initia Neronis, Burrho & Seneca, quos adfuisse huic audientiæ, pro certo habemus, cum officii ratione abesse non potuerint, juventam ejus in publico sapientissime moderantibus, neque adhuc Christiana professio in odium generis humani penetraverat. Ideoque auditus est fine præjudicio cum attentione, ac, ut videtur, cum admiratione fructuosa totius auditorii, quemadmodum ipse de hac sua πρώτῃ, fine dubio, ἀπολογίᾳ, loquitur ad Philippenses, *de prima defensione sua*, inquam, per eam factum esse, ut res ejus in melius & in gloriam Christi Domini cederent. Τὰ κατ' ἐμὲ, inquit, μᾶλλον εἰς προκοπὴν τοῦ εὐαγγελίου ἐλήλυθεν, *Res meæ cesserunt in melius ad profectum Evangelii*, ὥστε τοὺς δεσμούς μου φανεροὺς γενέσθαι ἐν ὅλῳ τῷ πραιτωρίῳ καὶ τοῖς λοιποῖς πᾶσι. *Ut causa vinculorum meorum manifesta facta fuerit in toto Prætorio, & apud reliquos omnes.*

5. Hic fuit Apologiæ apud Cæsarem in ejus Prætorio habitæ, fructus gloriosus, ut causa Dei in meliorem partem innotesceret, cum in ipso Prætorio apud Cæsarem, ejus Præfectum, Adsessores Judicii, Comitesque, & reliquos ἐκ τῆς Καίσαρος οἰκίας, *e domo Cæsaris*, quos laudat ad eosdem Philippenses, & quos ei maxime ab ista actione conciliatos fuisse, non potest dubitari, ut ipsum inter eos Senecam fuisse, veteres libenter crediderint; tum apud *omnes alios*, qui adfluxerant, auditores, vel qui ex illis acceperant, quando non minus divina Pauli facundia perculsi fuerint, quam alias οἱ περὶ Agrippam & Berenicen, ut multi non pene, sed bene Christiani fierent. Hinc etiam accidit, ut cum sistentem se judicio Paulum nemo comitari ausus esset, territi Majestate Cæsaris & eventu dubio suspensi, postquam viderunt, Dominum fuisse Paulo παράκλητον, *advocatum*, ὃς αὐτῷ παρέστη, qui *adsliterat* ipsi, καὶ ἐνεδυνάμωσεν αὐτὸν, *& vires ipsi addiderat*, ut ipse Timotheo scribit, adeo ut cum reputatione publica honoris & gloriæ, cum divinæ tum suæ, exiisset; factum est, inquam, ut πλείονες τῶν ἀδελφῶν ἐν κυρίῳ πεποιθότες τοῖς δεσμοῖς αὐτοῦ, τοῖς ἐν πραιτωρίῳ φανεροῖς γενομένοις, περισσοτέρως τετολμήκασιν ἀφόβως τὸν λόγον λαλεῖν, *ut plures e fratribus in Domino, confisi exitu vinculorum ejus, quorum causa in Prætorio illustris erat facta, multo majori libertate verbum Dei jam fine timore prædicarent*, ut Philippensibus sibi causæque Dei gratulatus significat; etsi nec dissimulat, fuisse tum homines Christum quoque professos, non valde dissimiles iis, quos modo fert seculum, ut ne quidem invidia tam gloriosæ actionis, quemadmodum ipse Paulus indicat, abfuerit, cum incredibili quodam genere insidiarum, superante vel ipsam hujus extremi temporis malitiam, qua dederint operam aliqui Christum prædicantes, ut frequenti publiceque effusa Evangelii resonantia, moverent atque exacerbarent ἀναθεώρησιν Aulæ, sectamque metuendæ sequelæ esse demonstrarent: quo Paulus arctius haberetur, aut e militari custodia in carcerem contrusus, nec rediret ad ipsorum gloriam minuendam Ecclesiæque disciplinam instaurandam. Quid enim aliud est hoc, quia ait versu 16. οἰόμενοι θλῖψιν ἐπιφέρειν τοῖς δεσμοῖς μου, *existimantes se adflictionem vinculis meis allaturos*, καταγγέλλοντες τὸν χριστὸν ἐξ ἐριθείας, *Christum contentionis causa prædicantes*, διὰ φθόνον, *ex invidia, &* κενοδοξίαν, *ob inanem gloriam.*

6. Ex his facile apparet, nihil esse causæ reprehendendi Belgas interpretes, quod πραιτώριον Pauli verterunt *het Rechthuis*, vel in notis, *het Palais*, cujus pars erat prætorium. Sic etiam Chrysostomus in *argum. epist. ad Coloss.* quæ Paulus ad Timotheum de apologia sua scripsit, eodem modo cum his, quæ Philippensibus de Prætorio narrat, conjungit, ita sicut a nobis superius factum est, arguitque, apologiam in Prætorio fuisse habitam, cum Neroni appareret apud domum ejus; Quid porro Chrysostomus? ὅτε δὲ ἔγραφε πρὸς αὐτοὺς, *cum scriberet PAULUS ad Philippenses, ait*, συνέβη αὐτὸν δεδέσθαι, *accidit ut vinctus esset.* διὰ τοῦτό φησιν ὥστε τοὺς δεσμούς μου φανεροὺς ἐν χριστῷ γενέσθαι ἐν ὅλῳ τῷ πραιτωρίῳ. *Propterea dicit, ait, Paulus, ut vincula mea in Christo manifesta fierent in toto Prætorio.* Pergit Chrysostomus: Πραιτώριον τὰ βασίλεια τοῦ Νέρωνος καλῶν, id est, *Prætorium appellans Regiam sive Palatium Neronis.* Deinde in commentario ad *versic. 13. cap. 1.* ad verba Pauli, ἐν ὅλῳ τῷ πραιτωρίῳ *in toto Prætorio; addit Chrysostomus:* Τέως γὰρ οὕτως ἐκάλουν τὰ βασίλεια. *Tunc enim ita nominabant Regiam, sive palatium.*

7. In Provinciis eodem modo res se habuit. Præsides, etiam Procuratores cum jure Præsidum, qualis fuit Pontius Pilatus, habebant in aula sua Præto-

Prætorium; Ideo tota Aula *Prætorium* dicta est, sicut Hierosolymis usu venisse, D. Marcus ait. Qui distinctas & diversi generis ædes fuisse narrant Hierosolymis aliisque in Provinciis, Prætorium & Palatium, adhuc operam dare debent, ut rem novam probent; fuisse alicubi diversa, non est quod negemus, sed plerumque eadem & promiscuæ appellationis fuerunt *Palatia seu Prætoria*, *l. ult. C. de off. Rect. provinc.* Continebant & habitationem Præsidum & auditorium judicii. Verum sicubi contingeret, ut habitatio & auditorium, sive Palatium & Prætorium, diversæ forent ædes, eam rem præter exemplum & morem fuisse, patet inde; quod Imperatores jubent Præsides, ad usum habitandi & officii sui, contentos esse Palatio, prætorium vero, si quidem ab eo distincta domus sit, volunt in horrea converti, *d. l. ult.* Quod certo, inquam, argumento est, non fuisse id instituti Romani, ut *Prætorium* hoc est Auditorium Præfecti, a *Palatio*, id est ab ejus habitatione, seorsum haberetur. Nihil his addam, nisi, quod non modo in Provinciis, sed vel maxime in Italia, quælibet insignes domus, præsertim in agris, *Prætoria* vocatæ sint; exemplo & imitatione Prætorii, quod Impp. habebant. In omni translatione tropica, civilitas inesse debet; quæ autem species aut occasio tropi seu translationis, domus insignes appellandi Prætoria, si Prætorium non fuerit domus, aut *instar*, sed numerus hominum, castra sparsa, vel cohortes in aliquot hominum millia diffusæ? Enimvero domus & Prætorium opponuntur a Neratio in *l. 2. pr. de serv. P. R.* sed ut vulgaris, & insignis, aut voluptuaria domus, sicut in *l. 198. de V. S. Prætoria voluptati tantum deservientia.* Plura qui volet, adeat Brissonium de *Verb. signif.* verb. *Prætorium*, non modo juris loca, sed ex variis auctoribus plura notantem, quæ a nobis describi, cum in re certa versemur & trita, nihil attinet. His omnibus addi velim, Præfectum Prætorio referri inter magistratus, jurisdictionem civilem habentes. Si Prætorium nihil fuerit, quam cohortes Prætoriæ, nihil ea res ad judicia pertinebat, sed ad *tit. de Re militari* referenda fuisset.

8. Una ratio *superius* obiter occupata militat in contrarium, negativa; Quod apud Romanos auctores & descriptores urbis, non reperitur *Domus* Prætorium dicta, & quod aliquando miles *e Prætorio*, tribunus *e Prætorio*, adsciscí *in Prætorium* dicitur. Unde cohortes voce Prætorii putant demonstrari, idque etiam velle Dionis στρατήγιον. Locum vero Pauli quomodo torqueant, vel potius quomodo is torqueat ipsos, audiamus. *Paulum*, ajunt, *cum esset Romæ captivus, quod militem ex Prætorianis unum domi custodem haberet, tantum habuisse negotii & consuetudinis cum* Prætorio, *id est* Prætorianis militibus, *ut ejus innocentia maxime ab illis cognita fuerit; ideoque Prætoriani milites his verbis, ἐν ὅλῳ πραιτωρίῳ, nominatim a Paulo designati fuerint: eoque pertinere verba singularis ἐμφάσεως*, EN ΟΛΩ, in omni illa multitudine militum Prætorianorum. *Quæ sit τῆ πιθανῆ consequentia in hac conjectura, etiam cum illis circumstantiis accepta, pro demonstratione praecedenti, non est difficile cognitu:* Ne jam illa castra, quæ semper vacua non modo pietatis, sed etiam civilis modestiæ fuere, cum τοῖς ἐν Καίσαρος οἰκίᾳ fidelibus comparemus. Sed quid, unquamne Latinus aut Græcus scriptor ullus dixit; *sum in Prætorio*, id est, inter cohortes Prætorias, aut in castris Prætorianis? Atqui sic Paulus, *in Prætorio*; proprie quidem nunquam cohortes Prætoriæ, nec castra quidem, demonstrata sunt voce *Prætorii;* Nemo unquam dixit; Claudius, Otho, in *Prætorium* rapti, in *Prætorio* Imperatores creati sunt, quod de Castris memoratur. At certe, milites Prætoriani ad *Prætorium* pertinebant, ibi per vices stationem habebant, illic eorum numeri, inde nomen habebant; *miles e Prætorio* scilicet *Palatino*, unde nomen, decus & stipendium habebat. Ita Tribuni, centuriones *e Prætorio:* alii *in Prætorium* accepti aliquando leguntur: ne quidem tropum esse dicam *Accepti in Prætorium*, ut est in *dimisso Prætorio:* cum ibi in numeros referrentur, ibi excubarent vereque in illud acciperentur. Quis ferat narrantem, *Augustus Prætorium habuit per urbem distributum*, quod de cohortibus Prætoriis est verum: vel, Tiberius *Prætorium* transtulit ex urbe extra pomœrium? Si quis putasset, postquam cohortes Prætoriæ sub Tiberio, auctore Sejano, in unum extra urbem contractæ sunt, & in Castris egerunt, Prætorium quoque in castra fuisse translatum, haberet quo se tueretur; quod semper in castris, ubi milites erant Prætoriani, etiam fuerit Prætorium: sed tamen nullum fuisse Prætorium in castris illis, aut tabernaculum Imperatoris, verum est. Non Claudius, non Otho, non Galba cum Pisone, qui in castris & apud principia egerunt, nunquam ingressi Prætorium aut

aut tabernaculum Imperiale leguntur. Heliogabalus cum Alexandro Severo, in castris Prætorianis pernoctarunt, sed in templo, quod illic erat, egerunt: nulla Prætorii aut tabernaculi Imperialis mentio. Herodianus, ἀνοίξαντες τὰς πύλας τῦ ςρατοπέδυ ἤγαγον, *Apertis castrorum portis receperunt eos in templum Castrorum*, & mox διανυκτερεύσας ἐν τῷ ἱερῷ τῦ ςρατοπέδυ, *cum pernoctasset in templo Castrorum*, ait *in fin. libri V.* sed Prætorium, id est Auditorium Cæsaris, ejusque Præfecti, ut & statio militum Prætorianorum, mansit apud Palatium, quod nomen, ut antea dictum, de Cæsarea domo populariter notum, partis ejus, id est *Prætorii*, appellationem absorpsit.

9. Quæ est ratio, quod vulgo nomen Prætorii, de Cæsaris aula rarius & forteau vix unquam, apud Latinos scriptores & in descriptionibus urbis, invenitur. Sed nec Auditorium Præfecti Prætorio, crebro fertur, & causa rarioris usus omni exceptione major adsignata est. Cui nescio an addere non liceat, fuisse aliquid heic mixtum σοφίσματος πολιτικῦ ab Augusto primisque Imperatoribus, ut soliti sunt, quicquid auribus insolens erat, etsi rem tenerent, dissimulare verbis. Prætorium erat Castrense vocabulum, nec minus in urbe nefas erat habere Prætorium, quam Castra; quin nec cum Imperio militari cuiquam in Urbe versari licebat; unde triumphaturi, ad quod Imperio prædití esse debebant, tantisper extra pomœrium commorabantur; quod ingressi spem & jus triumphi amittebant, ut factum a Cæsare consulatus petendi causa, apud Sueton. *cap.* 18. Proinde nec mirum, Augustum maluisse domum suam verbo antiquo & loci indice, *Palatium*, quam vulgo *Prætorium*, militari ac odioso in urbe nomine, vocari. Quæ ratio in Provincialibus & Græcis locum non habebat, qui Prætoria, scilicet exemplo ejus quod in urbe erat, apud se non modo habebant, sed etiam vulgo appellabant, ideoque Romæ, cum res eadem esset, frequentius eodem quoque nomine sunt usi. Sed ad Paulum ut revertamur, scire velim, inquam, qui verba ejus ἐν ὅλῳ τῷ πραιτωρίῳ, *in toto Prætorio*, sic intelligunt, in castris Prætorianis, vel, *apud omnes cohortes Prætorias*, ubi Paulum putent παρεςηκέναι τῷ Καίσαρι Νέρωνι, *judicio se Neronis stitisse*. An in foro causæ Provincialium provocationum actæ sunt? ubi id unquam lectum? Tu dic, in Auditorio Principis, in Auditorio Imperatoris, ubi causas ipse audiebat, ut testis in ea re est Ulpianus in *l.* 18. *§.* 1. & 2. *ff. de Minor.* in quo Provincialium causas provocationum actas fuisse, testatur Symmachus *lib.* 8. *epist.* 17. ubi: *Provinciali actione decursa, quæ ad sacri Auditorii Cognitorem necessaria provocatione pervenit.* Nam gliscente adulatione quod olim Principis, & Imperatoris auditorium, deinde *sacrum auditorium* fuisse dictum, docet *l.* 2. *de Pact. & transact. l.* 13. 40. 44. 48. *de Appellat. in C. Theod.* De illo Paulinus *in vit. Ambros. In Auditorio Præfecti Prætorio ita splendide perorabat.* Et Ambrosius ipse *orat. funebr. in obit. fratris sui.* Quam *incredibili admiratione in Auditorio Præfecturæ sublimis emicuit!* Hoc tamen ipsum in *Cod. Theodos.* vocatur *Auditorium sacrum Amplitudinis Præfectorianæ*, *l.* 67. *de Appellat.* quia Præfectus, ut modo diximus, *vice sacra* judicabat.

TIT. XII.
De officio Præf. Urb.

Officium Præfecti Urbis fuit animadvertere in crimina, quæ intra Urbem vel centesimum milliare extra eam committerentur, *l.* 1. *pr.* & *§.* 4. *h. t.* de pecuniariis etiam causis inter argentarios jus dicit, *l. pen. h.* denique forum armentorum, carnium & disciplinam spectaculorum curat, *l.* 1. *§.* 11. & 12. in aliis causis civilibus nullam habet jurisdictionem, *ead. l. pen.* Primus institutus est ab Augusto cum jurisdictione criminali, ut haberet jus fustigandi, relegandi, deportandi, in metallum dandi, adeoque jus gladii, *l.* 1. *pr.* *§.* 3. 4. & 10. *h. t.* Quamvis autem Præfectus Urbi merum imperium habuerit, idque sit primum & fere unicum officii caput, jus tamen deportandi ante Severum non habuit, ut Ulpianus testatur in *l.* 1. *§.* 4. *de Legat.* 3. Ex quo rursus liquet, non cuilibet magistratui mero imperio prædito, omnes imperii meri partes esse concessas.

De hujus Præfecturæ ortu, sic Tacitus 6. *Ann.* XI. Augustus rerum potitus ob magnitudinem populi ac tarda Legum auxilia, sumsit e Consularibus, qui coërceret servitia & *quod civium audacia turbidum, ni vim metuat*: primusque Messalla Corvinus eam potestatem & paucos intra

die

dies finem accepit, quasi NESCIUS EXERCENDI. Quid? Illumne Corvinum ad summa, meritis belli ac pacis artibus provectum, ut idem Tacitus refert XI. *Ann. 6. & sequ.* fuisse nescium exercendi præfecturam urbicam. Longe aliam causam reddit Eusebius *in Chron. Messalla Corvinus*, inquit, *primus Præfectus urbis factus, sexto die magistratu se abdicavit, incivilem esse potestatem contestans.* Fuit enim Regii instar ministerii, cives manu præsentibusque coercere suppliciis, adeoque in civitate libertatis memore insolens officium. Idemque Tacitus indicare videtur, quasi *nescius exercendi*; quod homo generosus nondum adeo ab antiqua civilitate degeneraverat, ut regiæ præfecturæ se accommodare posset: eoque, nisi fallor, spectat, quod mox subjicit Tacitus, de Statilio, quod is, quamquam provectus ætate munus idem egregie *toleravit*: id est obduravit animum prudentia, quod Messalla securior offensæ minus curæ habuit. Dio Præfecturæ hujus initia recensens *l. 54.* Corvini non meminit; quod sex dierum scilicet, officium vix merebatur.

TIT. XIII.

De Officio Quæstoris.

QVæstura, quasi primordium & ingressus honorum fuit gerendorum, erantque vel urbani Quæstores, qui curam sanctioris ærarii in urbe habebant, vel provinciales, qui præsidibus aderant, ut reditus Reip. colligerent. Sub Principibus etiam quæstores erant, qui *Candidati Principum* vocabantur. Hi in senatu Cæsarum literis, orationibus, & rescriptis legendis vacabant; *l. un. §. 2. & seqq. h. t.* Origo quæstoribus creandis antiquissima fuit & pene ante omnes magistratus, ut loquitur Ulp. *l. 1. pr. h.* quoniam Romulus & Numa binos quæstores, (non suo tantum lubitu sed & populi suffragio electos,) habuerunt; *ead. l. 1.* Tac. XI *ann. 22. in med.* Adde Cujac. *in paratit. h.*

TIT. XIV.

De Officio Prætorum.

PRætoris definitio est apud Ciceronem *1. de LL.* Est juris, ait, disceptator, qui privata judicari jubet & juris civilis custos est. Officium Prætoris fuit, jus dicere de rebus civilibus, nam de criminalibus nusquam judicasse legitur, imo non potuisse, probatur *ex l. un. §. ult. h. t. & §. 2. Inst. de susp. tut.* quod est intelligendum de Prætore urbano & peregrino, de quibus proprie hic agitur, probante Cujacio *parat. h.* eosque etiam significat *l. 17. C. de appellat.* Fuere alioqui Prætores, quibus causarum criminalium quæstiones commissæ fuere, de quibus in *l. 2. §. 32. de Orig. Jur.* Dic igitur, Prætores non habuisse merum imperium, nisi qui ad certarum legum quæstiones erant dati.

Porro ad Prætores fiebat in jus vocatio, apud illos actiones edebantur, *l. 1. de in jus voc. l. 1. de edend.* omniaque agebantur, quæ in *jure* facienda erant, de quibus in *tit. de Judic.* sed cum ad ipsam causæ cognitionem erat ventum, delegabant judices pedaneos, qui cognitione exacte habita, ferrent sententiam, quam Prætor exequebatur, *l. 15. de re jud.* Excipiebantur certæ causæ, de quibus ipsi Prætores cognoscere debebant, ut erant liberales, sive status causæ, *l. 32. §. 7. de recept. arb.* ut & actio popularis, *ibidem.* Sed jure *Cod.* Diocletianus & Maximinianus *per l. 2. C. de ped. jud.* ipsos magistratus causam cognoscere & judicare voluerunt, *nisi propter occupationes publicas, vel propter causarum multitudinem, omnia negotia non potuerint cognoscere, d. l. 2.* Denique & in causis vilioribus & facilis expeditionis, facit potestatem judices pedaneos dandi, Julianus in *l. 5. eod. tit. Cod.*

2. Famosa Lex *Barbarius Philippus*, non videtur habere tantum difficultatis, quantum quidem a Dd. motum alias fuit. Servus erat fugitivus ille *Barbarius*, notus *Antonio Triumviro*, cujus fuisse compotorem memorat Suidas, & in illa confusione Triumvirali Prætor factus est. Ei vero servitutem nihil obstitisse, *quasi Prætor non fuerit*, putabat Pomponius, hoc est, servitus non obstabat, quo minus esset Prætor. Atqui verum est, ait Ulpianus, *Prætura eum functum*; fueritne vere Prætor, suo loco relinquit, nec tam refutat quam non probat; ait tamen, eum in functione Præturæ fuisse; at hoc posito, factum esse prætura, nec vere fuisse Prætorem, quærit, acta ejus an valeant. Et respondetur, valere, propter utilitatem & præsumptam populi Ro-

mani voluntatem. Non est igitur, quod error heic jus faciat; ut vulgo hinc colligunt. Sed reputatio utilitatis & præsumptio voluntatis hac parte juris effectum habent. Quæ præterea ex hac Lege colligi solent, alio pertinent: vid. Jac. Gothofred. *differt. ad hanc L.* & Hahnium ad *Wesenb. h. t.* Wissenb. *ad h. t.*

TIT. XV.
De Officio Præf. Vigil.

OFficium Præf. Vig. erat, curare, ne incendia in Urbe orirentur, *l. 3. h. t.* eaque de causa fustibus aut flagris fures nocturnos cædi jubere poterat, *l. 4. h. t.* ac etiam servos ultimo afficere supplicio, *l. pen. de cond. causa dat.* Officium Præf. Vig. prius fuit vilissimum & nullius loci, adeoque nec magistratus erant, *l. 2. §. nam præf. de O. J.* nunquam mentio ejus Tacito vel Suetonio inter illustres dignitates, ut hic in *Digestis*, imo adeo viles erant, ut cum munere & robore supra urbanos præcellerent, & plures cohortes ab Augusto institutæ essent, inter legitimos milites ejus ævi non censerentur. Itaque in omnibus bellis civilibus Galbæ, Othonis, Vitellii, rara eorum mentio, nullus usus. E libertinis erant lecti, vile genus, & Vulcani potius ministri quam Martis. Postea tamen Præfecti auctoritas, ut & ipsorum militum, crevit, ut *ex h. t.* & aliis scriptoribus clarum est. vid. Lips. *ad Tac. 4. ann. verb. 3. urbanæ 9. prætoriæ cohortes.*

TIT. XVI.
De Officio Procoss. & Legati.

PRovinciæ ex institutione Augusti, sunt vel S. P. Q. R. vel Cæsaris. Qui in illas mittuntur, Proconsules vocantur, quorum officium est, omnia loco Principum gubernare, *l. 8. h. t.* etiam de criminibus cognoscere & animadvertere jubere, *l. 6. pr. h. t.* Potestatem non exercebant, nisi cum in provinciam venissent, præter voluntariam jurisdictionem, quam statim ac urbe egressi sunt, habent *l. 2. h.* munera illis accipere vetitum, munuscula, quæ hic Xenia dicuntur, non æque. De quibus vide elegantem locum in *l. 6. §. ult. h. t.*

2. Procoss. adjunguntur Legati, quorum officium est, fungi vice Procoss. ubi ipsis adesse non licet, idque mandato Procoss. quibus liberum est, etiam non mandare, & mandatam adimere jurisdictionem, Principe tamen consulto, *l. 6. §. 1.* Ipsi tamen legati aliquid habent proprium, velut tutores dare, quod competit illis ex oratione D. Marci, *l. 1. §. 1. de tut. dat.* hoc tamen ipsum non est iis proprium, nisi postquam Procos. jurisdictionem iis mandaverit; sic, ut causa efficiens tutores dandi sit oratio Marci, causa *sine qua non*, mandatum Procos. siquidem tutoris datio ipsa mandari nequit, *l. 1. de off. ej. cui mand.* junct. *l. 6. §. 2. de tut.* Specialis exceptio est, quod manumissio apud legatum Procos. fieri nequeat, quia non habet jurisdictionem talem, *l. 2. §. 1. de off. Poocos.* cum qua vix potest conciliari *l. 17. §. 1. de man. vind.* nisi addamus *non*, cum Cujac. *1. obs. 1. & 15. obs. 19.* quod tamen durum, nisi deleas insuper part. *&*, ut ita in summa nihil addatur, sed duæ voculæ permutentur duntaxat. Distinctionem Provinciarum, & quæ populares sint, habuimus modo. Denique, Cæsareæ provinciæ dicebantur, quæ erant magni momenti, & in quas mittebantur Præsides, cum ingenti militum præsidio ab ipso Cæsare, vide Strab. *part. 2. lib. 17. fol. 669. & 70.* Dion. Cas. *l. 53.* In *l. 4. §. 2.* verba *Cotta & Messala* Coss. emendat Cujac. *6. obs. 30.* ubi legit, Cotta Messalino consulente: quæ correctio non placet Lipsio ad *loc. Tac. Ann. lib. 4. fol. 149. ad verb. Messalinus Cotta censuit cav. &c.* quem vid.

TIT. XVII.
De Off. Præf. August.

PRæfectus Augustalis est, qui nomine Cæsaris præest Ægypto, quam ob momentum provinciæ ingens, Augustus sepotuit & peculiari imperio complexus est, ut Suet. & Tac. tradunt. Ejus officium est simile Procoss. *h. l. un.* Sumebantur hi præfecti ex equitibus Romanis, non e Senatoribus, ne potentia & nobilitas animos adderet ad res novas moliendas, quibus illa Provincia multis modis apta constituta erat, ut *idem* Tacitus.

TIT.

TIT. XVIII.

De Officio Præsidis.

I. Quid Præses, eumque fuisse Magistratum: II. Partes. Officium ejus. III. Distinctio inter Præsides universalium & particularium Provinciarum improbata remiss.

PRæses dicitur, qui totam regit Provinciam, *l. 1. h.* tametsi, cum a Procoss. distinguitur, is intelligitur, qui Cæsaris vice gubernat. *l. pen.* Generaliter igitur Præses est, omnis Præfectus supremus Provinciæ; specialiter qui Cæsareæ provinciæ præest. Dicuntur etiam Legati Cæsaris *l. 22. pr. de Accusator.* ubi Præses opponitur Magistratui populi Romani, quemadmodum & in *l. 3. §. 1. Quod met. caus.* quod respicit ad divisionem provinciarum in Cæsareas & quæ populi sunt, cujus in *tit. de off. Proconf.* meminimus, & meminit Strabo in *lib. ult. sub fin.* Alioqui Præsides esse Magistratus, non est dubitandum, per *l. 16. §. ult.* junct. *l. 42. de minor.* cum majus habeat imperium omnibus post Principem, *l. 4. h. t.* Imperandi autem jus maxime ad officium Magistratus pertinet, ut docet Aristot. 4. *Polit. c. 15.* ubi Magistratus, ait, *ἀρχὰς εἶναι, ὅσαις ἀποδέδοται βουλεύσασθαι περί τινων καὶ κρῖναι καὶ ἐπιτάξαι, καὶ μάλιστα τοῦτο. τὸ γὰρ ἐπιτάττειν ἀρχικώτερόν ἐστι. Quibus datum est, de certis rebus deliberare atque judicare, & hoc quidem maxime; Nam imperare vel maxime convenit magistratui.* Dissent. Hotoman. *obs. 22.* Officium ejus est cognoscere de omnibus, cum maximo post Principem imperio, *l. 4. & l. 10. h. t. & seq.* habet jus gladii, dandique in metallum, quod est gravius deportatione, *l. 6. §. 8. h.* Attamen Præsidem deportare non posse, nulla dubitatio est, *l. 2. §. 1. de pœn.* quod mirum & contrarium videtur. Sed tu dic, deportationem fuisse genus supplicii, quod personis notabilibus irrogabatur, & quod ideo Princeps reservaverit sibi, aut quibus id specialiter demandasset, *l. 1. §. 4. de leg. 3. add. l. 6. §. 1. & l. 15. §. 1. de interd. & releg.* Merillius *lib. 1. variant. ex* Cujacio *cap. 2.* distinguit inter Præsides universarum & singularum sive particularium Provinciarum; illos habuisse jus deportandi, hos non æque; quod ut indubitatum conciliandi medium tradit D. Wissenbachius *2. Pand. disp. 5. th. 13.* Sed nos hanc distinctionem nulla ratione fundatam esse, probavimus *l. 3. Digress. c. 7.* Tu dices, quid sibi vult igitur, cum in *d. l. 6. §. 8. de off. Præs.* jus gladii & in metallum dandi habere dicuntur, *qui universas provincias regunt.* Nonne illis verbis oppolito *particularium* provinciarum indicatur? Minime, sed *partium.* Provinciæ *universæ*, sunt totæ. Nam universum non semper notat complexionem plurium rerum, sed integritatem unius rei. Scævola in *l. 41. in pr. de Leg. 3. Peto a te, Domina uxor, ne ex fundo Titiano partem tibi vindices, cum scias, me universam emptionem ejus fundi fecisse:* manifesta oppositio inter rem universam, ejusdemque partem; paulo post, *universus fundus.* Vult igitur Ulpianus, merum imperium esse penes eos, qui totas regunt provincias, sive parvas sive magnas, a Principe sibi *commissas, non eorum,* quibus præfectura partis alicujus in eadem provincia demandata est, ut erant Legati, de quibus idem Ulpianus docet, eos non habere animadvertendi, coërcendi vel atrociter verberandi jus: verum si quid esset, quod majorem animadversionem exigeret, id eos ad Proconsulem, qui totam regit provinciam, rejicere debere *l. 11. de offic. Proconf.* Sed heic subsistamus: vide locum demonstratum.

TIT. XIX.

De Officio Procur. Cæs. vel Ration.

OFficium Procuratoris Cæsaris vel simpliciter est rationale, ut præsit rei pecuniariæ Principis, de quo in *l. 1. & 2. h.* aut vice Præsidis fungitur, & tunc potest omnia, quæ Præses, *l. 4. C. ad L. Fab. de Plag. l. 2. C. de pœn.* Talis fuit Pontius Pilatus, Judææ Procurator, quem Matthæus Evangelista *cap. 27. v. 2.* & Josephus *lib. 18. Antiquit. c. 5.* vocant *ἡγεμόνα,* Præsidem Judææ. Eumque Jurisdictionem ac Imperium, etiam merum exercuisse, tota passionis Dominicæ historia loquitur: atqui Tacitus *lib. 15. Annal.* Procuratorem Pontium Pilatum appellat. Prior per servum suum potuit Cæsaris hereditatem adire, quod privatis per procuratorem non licet *l. 1. §. ult. h. t.* juncta *l. 99. de acquir. hered. l. 77.* cum *l. 123. de R. J.*

TIT. XX.

De Officio Juridici.

NOn fuit fatis Augusto,fepo fuiffe Ægyptum,& magnatibus Romanus præclufiffe,nifi ipfum quoque Præfectum, quafi æmulo & cuftode appofito,coërceret, qui fuit Juridicus Alexandriæ Metropoleos Ægypti, cujus officium fuit, jus dicere in illa civitate, etiam tutores dare & adoptiones permittere. *l. 1. & 2. h. t.*

TIT. XXI.

De Offic. ejus, cui mand. eft Jurisd.

HActenus de jurisdictione fingulorum Magiftratuum: fed quia fæpe contingit, ut illi fuas vices aliis mandare cogantur, ideo *hoc tit.* agitur de *officio ejus, cui mandata eft jurisdictio.* Mandatum fcimus effe, cum quis rogatus ab alio, cujus proprium eft negotium, id nomine ipfius, gratia adminiftrat. Ex quo intelligimus, quod fit officium ejus, cui mandata eft jurisdictio, facere fcil. nomine & rogatu magiftratus ea, quæ ipfe facere debet; cujus ratio ex natura cujusque negotii pendet. Longe aliud indicat *rubr. C. de offic. ejus, qui vic. alic. jud.* nam ibi de illis agitur, qui non rogatu magiftratuum,fedvoluntate principis, loco magiftratuum provinciis præponuntur, eodem fenfu,quo olim Proconfules,Proprætores &c. Dixi in mandato requiri, ut hoc, quod geritur,fit *proprium* mandantis negotium; cum ne tutor quidem,licet domini loco fit, *l. 27. de adminiftrat. tut.* mandatarium in rebus pupilli conftituere poffit, ut *dix. ad §. ult. Inft. de Curator.* Hinc mandatarius mandatam fibi jurisdictionem rurfus alii mandare non poteft. *l. ult. pr h. t.* Deinde, quod mandatur, magiftratui *qua tali* competere debet, id eft jure magiftratus ordinario; nam quæ ex fpeciali lege vel conftitutione certis magiftratibus commiffa funt, ea mandari non poffunt, *l. 1. h. t.* qualia funt animadverfio criminum, datio tutoris,confilii exercitio,permiffio alienandi res minorum,*d. l. 1.& 2.* quibus de rebus mox opportunius, ubi de Jurisdictione fermo erit, agetur. Moribus, quia Jurisdictio non folet effe penes fingulas perfonas, ut Romæ, fed penes Collegia judicum, mandata jurisdictio exiguum habet ufum, nifi in Commiffariis Collegiorum juridicorum; qui notionem aliquando Collegis fuis,raro aut nunquam aliis mandant.Quanquam ftatuta Frifiæ Prætoribus in Agris permittant aliquem fibi extraCollegium fubftituere,quod nunquam, opinor, ufurpant; Adfeffores quos habent, eum in finem adhibere folent.

TIT. XXII.

De Officio Adfefforum.

ADfeffores funt Jurisperiti,(modefte Studiofi vocantur, ut fapientiæ profeffores philofophi, *l. 1. h. t.*) qui magiftratibus confilii caufa in judicando adjuncti erant. Horum obfequium eft in cognitionibus, poftulationibus, libellis, edictis, decretis, epiftolis, quid jus & ordo judiciorum exigat, fuggerere magiftratibus; ita tamen, ut fi quid erratum effet,hoc Adfefforibus non magiftratibus imputaretur, *l. 2. D. quod quisque jur.* quia Magiftratus fæpe legum erant imperitiores, *Nov. 82. pr.* Pro hoc officio falarium accipiebant, olim a magiftratibus, *l. 4. h. t.* poftea ex publico, *arg. l.32.verb. ad ærarium.D. ex quib. caufis maj. l. 41. de excuf. tut.* & quidem totius anni; licet magiftratus intra annum mortuus effet. Advocati olim in eodem foro,ubi adfeffores erant,effe non poterant, alibi licebat, *l. pen. h. t.* Sed hodie penitus Advocati effe prohibentur, *l. ult. C. eod.* * In foro noftro jus vetus fervatur.

SCHOLIUM.

Moribus tamen noftris, Adfeffores, præprimis inferiorum judicum, quandoque & in eo judicio, ubi Adfeffores funt, Advocati perfonam fuftinent, fed fecedunt tamen, ubi fententia fertur.

RESPONSIO.

Longe & dignitati & finceritati judiciorum magis expedit mos Romanus & nofter.

* Apud nos tamen fecund. *l. pen. ff. h.* hæc prohibitio ad judicium, in quo quis affefforis munere fungitur, reftricta videtur. Conf. Leipz. Ober Hof-Ger. Ordn. *rubr.* Eyd des Hof-Richters und Beysitzer. *verb.* Wann die vor das Hof-Gerichte kommen seyn. add. Menck. *Difp. ad Proc. IV. tit. 2, §. 1.*

N. AD-

N. ADDIT.

Hoc facile largior, nec erat in quæstione. Unde & apud nos rariora sunt exempla, ubi Adsessoribus licet Advocatorum munere fungi, quam ubi id non licet.

Scil. Adsessorum vicem apud nos gerunt, qui a Judicibus inferioribus adhibentur in sententiis ferendis, vulgo *Pensionarii*, quibus adeo commissi errores imputandi; verum si judices tantum petant consilium ab hoc aut illo Jurisperito, quid in judicando sequi debeant, suo periculo jus dicunt.

SCHOLIUM.

Cum Adsessoribus Romanis comparari quadantenus possunt Adsessores nostri, tam in judiciis superioribus quam inferioribus: Dico quadantenus, *quia sunt & differentiæ non unæ.* Vide Schilter. Ex. 5. ad Pand. th. ult. *Imo & inter Adsessores superiorum & inferiorum judiciorum differentiæ sunt, quos inter præcipua, quod illi sententias ferre soleant & decreta, hi decreta saltem, non sententias, utpote quæ præscribuntur a Collegiis JCtorum, qui & ipsi adeo certo respectu Adsessoribus sunt similes.* Schilter. d. l.

RESPONSIO.

Adsessores videtur appellare Scholiastes, qui sunt membra ipsorum Collegiorum habentium jurisdictionem. Quod minime cum sensu h. tit. *convenit; etsi apud nos etiam tales sunt, qui Adsessores* Byzitters *appellantur. Hic agitur de his, qui non sunt in collegio Magistratuum vel judicum, sed qui in consilium adhibentur, quales JCti, quos indicat Scholium; seu singuli habeantur, sive Collegium constituant.*

N. ADDIT.

Adeoque nec hic dissensus inter nos est. Mallem tamen, ut Autor non dixisset: Magistratuum vel judicum. *Nam Judices apud Romanos illis temporibus JCti erant, qui non facile alios JCtos extraneos in consilium adhibebant.*

LIB. II.

Tit. I.

De Jurisdictione.

I. Continuatio & differentia Jurisdictionis ac Imperii. Item de voce Jurisd. II. Definitio Jurisdictionis & de genere ejus, quod est Notio. III. Differentia Notionis nudæ a Jurisdictione. IV. An duret hæc diff. & de his, quæ Magistratibus, non qua talibus competunt. V. Hodiernæ Jurisdictionis hereditariæ differentia ab Romana. VI. Divisio I. Jurisdictionis, in voluntariam & contentiosam, posita, non simpliciter approbata. VII. Divisio II. in propriam & alienam. VIII. Subdivisio alienæ in mandatam & prorogatam. IX. Prorogata Jurisdictio quid, & ejus requisita duo. Refellitur jurisdictio prorogata, de loco ad locum & de tempore ad tempus. X. De prorogatione causæ ad causam, ejusque usu coarctato. XI De persona ad personam. XII. Quædam aliæ divisiones Jurisdictionis, cum transitu ad imperium.

Post (a) officia singulorum Magistratuum, sequitur potestas omnium, quæ duabus omnino partibus constat, *Jurisdictione & Imperio:* quæ voces apud veteres ita differunt, ut Jurisdictio sit *potestas* Magistratuum *civilis* in jure dicundo consistens; Imperium potestas armata: atque ita passim Jurisdictiones & Imperia distinguuntur. Jurisdictio competebat Magistratibus hoc ipso, quod a populo centuriatis comitiis erant creati; sed Imperium, hoc est armorum præfectura, speciali lege curiata illis tribuebatur, nec ab aliis poterat exerceri, quam quibus nominatim erat concessa. Sic enim Festus: *cum Imperio esse dicitur, cui nominatim est a populo mandatum Imperium*, ut pluribus docet Sigonius *lib. 1. de jure civ. Rom. c. 21.* Istud quidem Imperium erat in exercitus. Sed translatum fuit hoc ipsum ad quotidianum officii, quod Magistratus habebat, exercitium; ut in eo distinguatur juris dicundi, id est cognoscendi judicandique facultas, quæ Jurisdictio est, a potestate cogendi & exequendi, quod fit manu & armis, in qua re consistit *Imperium*, quemadmodum hoc capite videbimus, exordium a definitione Jurisdictionis facturi.

SCHOLIUM.

Quam intricata sit Jurisdictionis doctrina Jure Romano, dixi ad Strauch. *XX. I.* p. 267. *Autor satis*

(a) *Pos. 1. 2. 3. 4.*

perspicue docet, eique conjungi meretur hac parte Strauch. XX. I. sqq. *qui cum eo in plerisque convenit; non ita Wissenbachius, a quo noster, ut notabimus, sæpissime dissentit. Moribus nostris, non minus Jurisdictionis materia in pelago versatur, ac potissimum ex cujusque loci consuetudine & ordinationibus dijudicari debet.* Carpz. pr. Crim. qu. 109. n. 14. Eck. ad h. t. §. 3.

RESPONSIO.

Quod de crebro a Wissenbachio meo dissensu notat Scholiastes, videat Lector, quid in præfat. primæ partis *dixerim. Doctrinam, quæ in expositione Consuetudinum & ordinationibus locorum versatur, heic non profitemur, nisi quod obiter quandoque de generalibus Europæ institutis adspergitur.*

N. ADDIT.

Quod Autor in doctrina de Jurisdictione sæpius a Wissenbachio dissentiat, uti nec approbo nec carpo, ita non opus erat excusandi dissensus causa provocare ad Præfationem primæ partis, quamvis verear, ut, quæ ibi de facilitate Wissenbachii in statuendis Autinomiis & in carpendis Justiniani Ministris notat, ad dissensum præsentem in materia jurisdictionis applicari queant. Sed neque mea intentio est, profiteri expositionem consuetudinum particularium in Germania. Interim optandum esset, ut magna & Autori similia ingenia, vires suas impendissent magis in explicanda doctrina Jurisdictionis Germanicæ, quam in explicanda doctrina Juris Romani, præprimis cum ipsi etiam admiratores Juris Justinianei fateantur, æque absurdum esse, si quis in Germania controversias de Jurisdictione ex Jure Romano componere velit, ac si quis lanam ab asino vellet quærere, cum utrobique oleum & operam quis sit perditurus. Vid. quos citat Du. Stryke in usu modern. pan lect. ad hunc tit. th. 1. *Nam generalia Europæ instituta & mores circa doctrinam juris civilis, vel frustra inquiruntur, cum paucissima ea sint & fere incognita, singulis Europæ regnis peculiari jure fere utentibus, vel frustra docentur, si juventus Germanica ignoret instituta & mores patrios peculiares. Quare tentavi anno hujus Seculi 3. mense Nov. in peculiari dissertatione* de jurisdictionis & Magistratuum differentia secundum mores Germanorum, *glaciem in hac materia difficillima frangere, & ostendere, quibus erroribus evitatis, & quibus fundamentis jactis, hæc doctrina in ordinem redigi queat.*

Sed & de voce hoc scire juvat; aliquando jurisdictionem subjective dici regionem certam, quatenus per eam jus dicitur, ut fit hodie frequentissime; etiam Plinius ita *lib. 5. nat. Histor. cap. 20. Ab ea Doris, ait, incipit, sed prius terga & mediterraneas* jurisdictiones *indicasse conveniat:* verum hæc popularis potius quam Juridica significatio est, etsi Ulpianus ita fere; *Si quis ex aliena jurisdictione ad Prætorem vocetur, l. 5. de Judic.* quemadmodum & altera, jurisdictio de summa Principis potestate usurpatur, ut apud Senecam *1. de clem. qua ruant urbes, qua oriantur, mea* JURISDICTIO EST. JCti ex arte ita non loquuntur, etsi habent aliquos hujus vocis usus, modice a genuino sensu, quod potestatem Magistratuum indicat, deflectentes, sed quod facile discernas, ubi occurrent, ut cum sententiæ pronuntiatio vocatur *jurisdictio, l. 11. de in jus voc.* Labeo ait, *moderandam jurisdictionem: ut, si pœniteat libertum, licet edicti verba non patiantur:* quod est simul notabile specimen *æquitatis*, a judice adhibendæ præter verba legis, quod refer sis ad ea, quæ diximus *tit. de Just. & jur.* n. XI. Adde *l. 36. de Administr. Tut.* ubi: *divisio Tutelæ, quæ non juris sed jurisdictionis est.*

2. Cujacius (b) definiendi summus artifex, *in parat. h. t.* Jurisdictio, inquit, est *notio jure Magistratus competens*; quæ, utcumque brevis & primo auditu obscura definitio, multis tamen prolixioribus a nobis præfertur. Citat aliam ex illo D. Wissenb. *ad hunc tit. th. 31.* quod sit de causis cognoscendi, judicandi, judicatique exequendi potestas, *e parat. C. si a non comp. judic.* sed ea illic non reperitur. D. Ant. Matthæus *tract. de jud. disp. 2. th. 6.* eandem probat & laudat ex Donello 17. *comment. 6.* Nos cur eam ita ὡς κεῖται amplecti nequeamus, mox rationem reddemus. Genus apud Cujacium est *Notio*, quæ est de causis cognoscendi, judicandique potestas; eaque rursus duplex; est enim vel Notio in specie ita dicta, vel jurisdictio; Quæ in specie sic dicitur, est ea, quæ competit Judicibus pedaneis & arbitris; Jurisdictio propria fuit Magistratuum, *l. 5. pr. l. 15. & l. 57. de re jud. l. 99. de V. S.* etiam municipalium, ut videmus in *l. 29. ad municip. l. 12. h. l. 3. & l. 19. §. 1. de Tutor. & Curat. dat.* Inter eas species hæc differentia collocatur, quod Notio specialiter dicta, sine executione fit, & quod Jurisdictio sit etiam exequendi potestas, ut D. Matth. *d. disp. 2. th. 4. & 6.* Ego ita existimo, cum jurisdictione junctam quidem esse potestatem exequendi, sed omnes exequendi modos, adeoque & ipsam executionem, esse imperii, quod

(b) *Pos. 5. & seqq.*

quod dicitur, mixti, ut inferius patebit; quod cum iidem D. Wissenbach. *d. disp. ad hunc tit. th. 25.* A. Math. *d. disput. th. 22.* æque statuant, contra Cujacium *21. Obs. 30.* scilicet, diversum ab Jurisdictione mixtum imperium esse; quin imo religioni sibi esse dicant, illa duo confundere, nullus animadverto, qui in mentem iisdem venerit, ut definitionem Jurisdictionis tradiderint, quam modo audivimus, eam Cujacii sententiam clare exprimentem; Quanquam tamen illam modica mutatione in rectum sensum emendare posses, si diceres; Jurisdictio est, *de causis cognoscendi judicandique potestas, cui adjuncta est exequendi facultas*: etsi nos Cujacii priorem definitionem, quæ differentiam petit e verbis, *jure Magistratus competens*, præferendam putamus. Recte equidem illi Imperium mixtum a Jurisdictione discernunt, cum leges ea duo passim distincte commemorent, *l. 1. in fin. l. ult. §. 1. de off. ej. cui mand. l. 3. h. t. l. 6. §. 2. de Tutel.* Quin & res loquitur, esse res separatas: siquidem coercitione, in qua mixtum imperium maxime consistit, non semper est opus, utique non in jurisdictione voluntaria, quæ redditur in volentes; non etiam in contentiosa, si judicis sententiæ sponte pareatur; ideoque realiter oportet differre, quorum unum sine altero tam facili negotio existere potest.

3. (c) Differentiam igitur Notionis & jurisdictionis aliunde quæramus oportet; suggerit quidem aliquod discrimen definitio nostra in verbis, *jure Magistratus competens*, sed inde nihil, qui discere cupit, instructior discedet; nisi quid illud sit, quod jure Magistratus competit, audiat. Hoc non aliter, quam ex oppositione Magistratuum & Judicum intelligi potest. Sane aliquando Magistratus ipsi, judices appellantur, *in l. 1. de jud. Rubr. de rebus auct. jud. possid.* sed ut plurimum Magistratus & judices opponuntur, *l. 2. de R. J. & passim.* Prima differentia est a causa constituente, quæ est in Magistratu *publica*, & quidem excellenter, quia Magistratus a Summa potestate Reip. quæ olim Romæ penes populum, dein penes Imperatores fuit, constituuntur; Judices autem pedanei, quorum est notio, a Magistratibus, qui tribunali præsunt, ad singulas causas specialiter dantur & delegantur, *l. 3. h. t. l. 46. de judic. l. ult. de off. Præt. l. 15. de re jud.* & Arbitri, quibus similiter notio adscribitur, litigantium compromisso constituuntur, ut ad *tit. de Recept. qui arbitr.* videbimus. Quod si qui judices a Principe dentur ad certas causas, hi jurisdictionem potius, quam notionem habere videntur, & ipsi a se dictas sententias exequi possunt, *l. ult. C. de jud. l. pen. C. de fruct. & lit. exp.* quin etiam alios dare possunt judices, *l. un. C. Qui pro sua juris. l. jud. dar. l. 5. C. de judic.* Dein, Magistratus habebant tribunal, *l. 7. de Restitut. in integr.* nec in urbe tantum, sed etiam in Provinciis Præsides, *l. 9. D. de pœn.* & Jurisdictioni præesse dicuntur, *l. 10. de Jurisd. l. 81. de judic. l. 1. §. 1. de Postul.* Judices pedanei sic appellantur *in l. 3. §. 2. Ne quis eum, qui in jus vocat. l. 4. de tutor. dat.* quod non in tribunali, edito loco, sed infra tribunal, quasi ad pedes Prætoris jus dicebant, χαμαιδικασταὶ a Theophilo dicti *pr. Inst. de Interd.* veluti *humi judicantes* infimoque subsellio. Præterea, Magistratus vim ac necessitatem parendi judiciis addebant, atque ad eos fiebat in jus vocatio, qua inviti ad prætorem ire cogebantur, *l. 1. de in jus voc.* apud eos fiebat actionis editio, absentium citatio, aliaque plura, quæ olim in jure fieri dicebantur, de quibus *vid. disp.* D. A. Matth. *de his, quæ in jure fiunt, tract. de judic.* Sed judex pedaneus, ubi ad causæ disceptationem erat perventum, accipiebat formulam a Prætore, secundum quam cognosceret & judicaret, quam egredi nec poterat. *vid.* Brisson. *in voc. Formula.* Apparet igitur, officium jus dicentis latissimum esse, initio sumpto a prima in jus vocatione; & complecti omnia, quæ vel per modum litis, vel absque lite, a civibus omni die apud tribunal petuntur atque tractantur, *l. 1. h. t.* a quo & ipsum pedanei judicis officium pendet, qui Magistratus jussu, solam litis disceptationem observabat. His dein accedebat, quod judex suam sententiam non poterat exequi, verum ab eo, qui dederat illum, executio proficisci debebat, *l. 18. de re jud.* atque hæc facultas exequendi, pariter jure Magistratus competebat; nulla est enim sine cogendi & coercendi potestate jurisdictio, *l. ult. §. 1. de off. ejus, cui mand. est jurisd.* neque tamen Jurisdictionis, aut notionis in genere sumptæ, fuit, executio, sed imperii, quod mixtum dici jam monuimus, & probabimus *infra.* Porro ad Notionem quoque pertinet Episcopalis *audientia*; quæ partim instar Arbitrii in consentientes exercetur, partim executionem a Magistratibus obtinere debet, *l. 7. & l. 9. C. de Episcop. aud.* ejusdemque generis est Consistorialis in nostris Ecclesiis potestas Presbyteriorum, Classium & Synodorum, *Notio* potius quam Jurisdictio. Collegia quoque Artificum jus aliquod de suis rebus judicandi & mulctas di-

(c) *Pos. 9. & c.*

cendi habent, executionem vero a Magistratibus petere debent ac solent.

4. (d) Ita jam liquet differentia, quam verba, *jure Magistratus competens*, Jurisdictioni præ notione nuda tribuunt. Sed an hæc differentia durat hodieque, postquam mos judices pedaneos dandi abolitus est, ipsique magistratus judicare sunt jussi, *l. 2. & l. 5. C. de judic. pedan.* unde jurisdictio nunc omnium judicum esse dicitur, loquente *Rubrica Cod. de jurisd. omni jud.?* Respondeo, Non esse hanc amplius differentiam inter officium Magistratuum & Judicum, res loquitur. Sed tamen hæc verba vim suam non perdunt in definitione Jurisdictionis. Quicquid enim ea verba, *jure Magistratus competens*, inferre diximus in jurisdictionem officio Judicis oppositam, id hodie cunctis judicibus eorumque potestati congruere intelligendum est, servata duntaxat supremi & subordinati judicii differentia. Porro ipsis Magistratibus nonnulla tribuuntur, quæ non jure Magistratus, sed ex speciali lege vel constitutione Principum illis competunt, & quæ perinde *jurisdictionis* esse negantur. Hujus generis est Tutoris datio, *l. 6. §. 2. de Tut.* Ratihabitio transactionis super alimentis testamento relictis *l. 8. in pr. de transact.* consilii exercitio, & permissio alienandi bona pupillorum atque minorum, *l. 2. pr. & §. 1. de off. ejus cui mand. est jurisdict.* merum imperium, *l. 1. pr. eod. tit.* Legis actiones in specie ita dictæ, videlicet adoptio, manumissi per vindictam, liberorum emancipatio, *l. 2. & 3. de Off. Proconf. l. 4. de Adopt. l. 1. C. eod.* denique cognito super manumissione a minore viginti annis facienda, *§. 4. Inst. Qui & a quib. manum.* Judicis dandi potestas magis est, ut sit jurisdictionis, *l. 3. h. t.* siquidem *more & propter vim imperii* conceditur, quæ est genuina descriptio jurisdictionis simpliciter dictæ, *l. 12. §. 1. de jud.* tametsi quibusdam Magistratibus, maxime provincialibus, quibus olim forte non erat licitum dare judicem, id lege vel constitutione, vel Scto concessum fuisse videatur, *ex d. l. 12. §. 1.* Vinn. *de jurisdiction. c. 6. n. 4.* Suth. *tr. de jurisdiction. th. 164. & seqq.* Struv. *exerc. 4. th. 67.*

SCHOLIUM.

Moribus Germaniæ, secundum quos Jurisdictionis laxior natura est, omnia fere illa, quæ olim speciali lege concedebantur, Magistratui jure magistratus competunt, tanquam necessarium connexum. Hinc hodie tutoris datio, & decreti interpositio, omni illi competit, qui ordinariam Jurisdictionem habet, quod in specie quoad tutoris dationem, approbatum per Ordi. Polit. de Anno 1548. tit. 31. *§. 1.*

RESPONSIO.

Non aliter hac parte se rem apud nos habere putem, etsi Jurisdictionem, ut reliqua Juris Civilis capita, nusquam exactius quam in Frisia, servari constet. Cujus rei hæc ratio est; Quod cum primum Saxoniæ Duces, Albertus & dein Henricus, Frisia potiti sunt, diuturna per bellum omnium contra omnes viguerat ἀναρχία, *per quam accidit, ut nihil expeditius fuerit, quam una sanctione forum Juris Romani stabilire. Quæ tamen ad propriam Reip. forique Romani formam spectabant, ea non potuisse locum heic invenire palam est. Sed quæ Magistratibus competebant, seu more seu jure speciali, hæc ad Jurisdictionem simpliciter relata sunt a Nostris; excepto mero Imperio paucisque rebus nominatim cuique Collegio delegatis, quæ cur hodieque Legitima dici nequeant, nihil profertur.*

N. ADDIT.

Neque ego proferre vel volebam vel debebam, talia hæc hodie non dici posse legitima. Id enim non erat in quæstione, sed secundum ductum positionis 18. & 19. an talia apud nos sint Jurisdictionis, quæ apud Romanos talia non erant. Atque hæc non diffitetur ipse Autor. Cæterum ratio hujus diversitatis illa est, quod jam a temporibus Caroli M. Jurisdictio Germanica majorum magistratuum pariter & minorum, constiterit in coercitione pariter criminum & causis civilibus dijudicandi, (etsi graduum diversitas fuerit,) quod plane diversum est a moribus Romanis. vid. d. Differt. *§. 52. seq.*

5. (e) Postremo, ex his verbis, *jure Magistratus*, intelligitur; aliam esse longe jurisdictionem, quam moribus hodiernis habent Comites, Barones, Nobiles, quibus hereditaria juris dicundi potestas in suas ditiones competit: Etenim illi non habent eam jure Magistratus, quod nonnisi ab arbitrio Principis, ejusve qui habet summam potestatem, pendet: sed jure quodam patrimonii, quod est in commercio, potest vendi & alienari, transitque ad heredes, recipit etiam divisionem una cum fundis & pagis; denique & acquiri ac amitti potest iisdem modis, quibus aliæ res, quæ sunt in patrimonio, nominatim præscri-

(d) *Pos. 16. & seqq.* (e) *Pos. 21.*

ptione temporis; quæ sunt omnia ab instituto Romanæ jurisdictionis, quæ nihil quam publica functio personalis est, alienissima. Reperiuntur hereditariæ jurisdictiones hodie per omnem Europam, qua Germani aliquando colonias deduxere; * cui nationi quemadmodum Feuda, quibus jurisdictiones istæ fere adhærent, accepta feruntur, ita hujus quoque hereditariæ potestatis ‡ originem sine dubio debemus. Duntaxat in Frisia, quæ est inter Flevum & Lavicam, Patria nobis dulcissima, quemadmodum fere nulla feuda reperiuntur, quorum servitia *Frisii*, antiquissimæ libertatis memores, semper abhorruere, sic etiam nulla est hereditaria jurisdictio, cui nescio, an usquam in Europa simile extet exemplum, præterquam in Anglia, quod novissime scripsit Vir Illustris Eques Tempelius *in observation. ad Remp. Fœder. Belgicæ cap. de Fris.* qui hoc inter alia argumento probat, Anglos a Frisiis esse oriundos, quod sane ex summa Frisici idiomatis antiqui, ut hodieque superest, cum Anglico sermone convenientia, nostrisque historiis, est indubitatum; ut pluribus ille Vir Illustris probatum dedit.

6. (f) Hæc ad exegesin definitionis; sequuntur divisiones, quarum primam ponere solent in *voluntariam* ** *& contentiosam.* Illa inter partes consentientes, hæc inter contradicentes & adversus invitos exercetur; ad illam pertinent manumissio, adoptio & emancipatio, quæ hodie legis actiones specialiter appellantur, *l. 2. de Off. Proconf.* cum olim omnes, quæ pro tribunali secundum formulas solennes instituebantur, Legis actiones fuerint appellatæ, *l. 2. §. 6. de O. J.* hodie Legis actiones sunt, inquam, voluntariæ actus jurisdictionis, qui sunt etiam actus legitimi; at non omnes actus legitimi sunt etiam legis actiones. Tutoris dationem esse actum legitimum, docet *l. 77. de R. J.* quæ tamen non est Legis actio; nam apud Legatum Proconf. nulla omnino sit Legis actio, *l. 3. de Off. Proconf.* qui tamen jus dandi tutores habet, *l. pen. eod. tit.* Præterea in *d. l. 77.* acceptilatio, servi optio, hereditatis aditio, actus legitimi esse dicuntur, quæ tamen legis actiones nusquam, opinor, appellantur: sc. actus Legitimi fiunt quidem omnes secundum formulam a Lege præscriptam, at non omnes in jure, & auctoritate Magistratus, ut Legis actiones. Referendum est etiam ad actus voluntariæ Jurisdictionis, quando Reus contradictioni suæ renunciat, ac consentit in sui condemnationem, hoc est quando partes adeunt judicem, ut certam ferat sententiam, *l. 26. de R. Judic.* Porro Contentiosa Jurisdictio consistit in litibus controversiisque de meo atque de tuo, quibus forum omni die fervet. Dantur etiam actus, in quibus non semper fiunt contradictiones, fiunt tamen aliquando, ut est datio tutorum atque curatorum,

* Inprimis apud nos Patrimonialis jurisdictio plerisque Vasallis jure feudi concessa est, quorum alii bassam duntaxat, altam alii, alii utramque jurisdictionem, beneficio Principis, exercent. Atque hanc Jurisdictionem etiam fœminis competere, usus quotidianus docet, v. Menck. *ad Tit. 1. O. P. S. disp. 3. §. 3.* nec in exercitio jurisdictionis sic investiti Vasalli turbari debent, unde subditi eorum ad Curias Provinciales, vel Judicium Aulicum regulariter, omissa prima instantia, vocari nequeunt. Appellations-Ordnung tit. Wer vor unser Appellation-Gericht. §. Alle. Ober-Hof-Gerichts-Ordn. tit. Wer vor das Ober-Hof-Gericht. § Es wollen. §. so auch. Menck. *d. l. §. 8. & 12.*

‡ Quam tamen nostri homines fere per Justitiarios suos & Actuarios exercent, qua in re utantur Viris bonis & probis, qui legitime ad praxin admissi per aliquod tempus in ea versati sunt, & negotia judicialia secundum legum ordinem expedire possunt. *O. P. S. E. I. & E. Tit. II. §. 1.* Ejusmodi Justitiarii, sive primum ejusmodi muneri admoveantur, sive jam in simili officio sint constituti, præsentibus subditis juramento promissorio obstringantur, quo facto omnia sunt in ejusmodi Justitiarii manu, si ab iis discesseris, quæ dominus Jurisdictionis, audientibus subditis sibi expressis verbis reservavit. Vide *O. P. S. E. I. & E. Tit. II. §. 3. & 4.* Ubi de diebus Judicialibus solennibus quovis anno indicendis, item quid in loco Judicii peragi debeat, quid extra eum fieri possit, uberius declaratur.

** Actus voluntariæ Jurisdictionis etiam coram Judice incompetente expediri possunt, secundum Jus Civile, *a. l. 27. C. de donat.* & Saxonicum. Imo in Saxonia Dominus Jurisdictionis in suo judicio sibi hypothecam valide constituit, ac sua immobilia hereditaria firmiter creditori suo oppignorat absque consensu superioris Magistratus, *d. Dec. 38.* §. Es setzen wir ausser Zweiffel. ibique Philipp. *Obs. 1.* Carpzov. *l. 4. Resp. 31.* Berlich. *Dec. 187. in fin.* Sed & Judicem coram actis sui judicii recte testari, docet Carpz. *P. 3. C. El. 3. def. 14.*

(f) *Pos. 24.*

excusatio a muneribus publicis, constitutio alimentorum, veniæ ætatis impetratio, missio in possessionem, & similia, quæ a forma strepituque litium ordinario evidenter differunt, feriatisque diebus peragi possunt, *l. 2. & l. 3. de feriis.* Nihil tamen hærendum, quin hæc omnia sint contentiosæ jurisdictionis, quo pertinent *argum. §. 9. I. de Leg. Aquil.* ubi Legis Aquiliæ actio traditur esse ex genere pœnalium, quia potest fieri, ut sit pœnalis, etsi frequenter, in hypothesi, non excedat verum rei corruptæ pretium. Sic etiam de illis rebus potest esse contentio, si Tutores recusent onus aut se excusent, caussæque sint examinandæ; multo frequentius alimenta recusantibus injunguntur, veniamque ætatis petentibus opponunt se cognati vel Tutores, denique missiones in possessionem crebris oppositionibus non carent, ut de singulis in loco apparebit. De legitimatione quod quæritur, ad utram speciem pertineat, voluntariam an contentiosam jurisdictionem, supervacuum quæsitu videtur, quia nulla specierum, per quas fit Legitimatio, apud tribunal peragitur, ut recte differunt Sutholt. *de jurisdict. th. 223. & 335.* Vinn. *tract. de jurisd. c. 6. n. 6.* Cæterum, hanc divisionem ita, ut vulgo traditur, heic exposuimus; sed ex eo tamen, quod *supra* demonstravimus, omnes actus voluntariæ Jurisdictionis ex lege speciali venire, quæ autem talia sunt, ea negari esse jurisdictionis; intelligimus hanc divisionem non convenire definitioni, qua Jurisdictio dicitur esse *Notio jure Magistratus competens:* sed potius ei Jurisdictionis significationi, quæ tam late patet, quam jus dicentis officium, *l. 1. h.* quod est observandum.

7. (g) Secundum hæc jurisdictio dividitur in *propriam & in alienam.* Propria, quam quis suo jure, non alterius personæ, cujus non est summa potestas, beneficio habet, *l. 5. h. t.* cujus Legis verbis hic addidimus, *cujus non est summa potestas.* Nullus enim dubitat, quin Magistratus Jurisdictionem suam Principi, vel qui alius summam Reip. potestatem habet, acceptam ferant; si quidem a summa potestate omnis in Republ. potestas dependet, atque exinde tanquam e fonte derivatur. Proinde hæc est propria Jurisdictio, quam quis immediate habet a Republ. & aliena, quæ vel mandata est a Magistratu, vel prorogata a litigantibus.

8. (h) Igitur aliena Jurisdictio rursus est duplex, mandata, inquam, vel prorogata. Quid mandata sit, intelleximus *ad tit. de off. ejus, cui mand. est juris dict.* inter alia, quod tantum ad ea, quæ jure Magistratus qua talis, non ad ea, quæ ex Lege vel constitutione speciali competunt, pertineat; quod illa recentiimus *n. 4. sub. fin.* ubi secus de judicis datione; quam proinde qui mandata jurisdictione funguntur, exercere posse consequuntur, *l. 12. §. 1. de judic.* gerit enim vices Magistratus, quidem oportet esse, qui det judicem: ne hinc *Oppono* & *Respondeo*, formemus, *ἀυλαῖς μακροῖς*, quod tamen vide sis apud D. Willenbach. *ad hunc Tit. th. 34.* Hinc etiam satis liquet, quomodo mandatarius judex a dato, delegato, sive pedaneo discrepet, quod vide sis eundem explicantem *th. 35.* Ex his intelligitur eum, qui mandatam habet jurisdictionem, nihil habere proprium, sed ejus, qui mandavit, jurisdictione duntaxat uti, *l. 1. §. 1. & l. 3. de Off. ejus, cui mand. l. 16. h. t.* excepto, ut videtur, Legato Proconsulis, qui nihil quidem habet proprium, antequam ei mandata sit jurisdictio, *l. 13. de Off. Proconf. & Leg.* sed postquam jurisdictionis mandatum accepit, non sunt nulla, quæ exercere potest a mandato aliena, ut est Tutoris datio, *l. 1. de Tutor. dat.* juncta *l. 6. §. 2. de Tutel.* Cujac. *7. Obs. 21.* etsi forte non sit proprie mandata jurisdictio, quam habet Legatus, sed magis publicum munus, quod per modum mandati defertur, in quam rem considera sis *l. 1. §. 4. & l. 2. ff. Quis & a quo appell.* ubi a mandatario non appellatur mandans, sed mandante superior; at a Legato Proconsulis ipse Proconsul appellatur. Hæc refer & confer cum his, quæ dicta sunt ad *fin. tit. de Off. Proconf. & Leg.* Cæterum, transire mandata jurisdictione mixtum imperium, adeoque exequendi facultatem, diximus ad *prædict. tit.* Verum causæ cognitione mandata, magis est, non contineri executionem, forte nec definitionem causæ, ut Accursio, Bartolo, Zasio, Menochio, Mynsingero *4. obs. 93.* placuisse, testatur A. Matthæus *disp. 2. de jud. th. 37.* sibi cum Angelo, Jasone, Gentili, Fachinæo *12. controv. 45.* displicere, per *l. 47. de Judic. l. 5. de R. J. l. 99. de V. S. l. 1. C. Si contra jus vel util. publ.* Tu vero, secundum hos textus & negotii naturam, distinguas censeo, utrum in scriptis procedatur, an secus. Si prius: dic, Judicem, qui causæ cognitionem aliis mandat, id agere, ut molestia cognitionis, audiendi partes, examinandi testes, & scribendi informationes, allevetur, non ut omnibus officii partibus

(g) *Pos. 27.* (h) *Pos. 28.*

exuere

exuere se voluerit: Si vero solis audientiis disceptatio peragatur, res loquitur, alium quam qui cognovit causam, non posse eam definire. Prius in nostro & Germaniæ foris usitatum, ubi sæpe Collegæ sibi invicem partes cognitionis demandant; vel quod ordinarium est, totum Collegium mandat omni die cognitionem singulis e numero suo, nec incidit ambigere, sitne hoc ad decisionis finem extendendum. Quo autem exequendi potestas eo casu translata credatur, nihil in argumentis Legum istarum reperitur, nisi quatenus Princeps alicui cognitionem desert, ut est *in d. ll.* quod a jurisdictione mandata alienissimum esse, non opus est ut moneamus. Res ipsa quoque suggerit responsionem ad aliud Quæsitum, si cui executio mandata sit, an is de causa quoque cognoscere possit? Executio cognitionem minime comprehendit; sed quia sine cognitione causæ ad sententiam & ejus executionem pervenire non licet, si causa, cujus executio demandatur, nondum sit cognita; res loquitur, eum, qui mandatum executionis habet, causam prius, etiam vi sententiaque mandati illius, cognoscere debere: Si vero jam cognita sit, non esse locum dubitationi, res eadem ipsa indicat; quam distinctionem non tam Bartoli auctoritate, quam inevitabili necessitate negotii sequimur: vide sis D. Matthæum *d. Disp. 4. th. 38.* qui in hanc rem citat *l. 75. de Judic. l. 6. & l. 8. C. de Execut. rei jud. l. 4. C. si contr. jus vel. util. publ.* Præter hæc nihil admodum amplius de mandata jurisdictione superest post *d. tit. de Off. ej. cui mand.*

9. Sequitur Prorogata Jurisdictio, quæ extra terminos suos *privatorum consensu* producitur.* Interpp. eam vocare *prorogatam*, contra morem veterum, observat D. Wissenbach, qui dixerint *prorogare tempus, non res alias, l. 24. D. Locat. l. 1. C. de his, qui in exil. dat.* Plin. *l. 13. c. 3.* & passim alibi. Quid proprie sit *prorogare*, signatissime docet Pomponius *in l. 5. D. de Precar. Sed si manente adhuc precario, tu in ulterius tempus rogasti, prorogatur precarium*, appositissime inquam; *prorogare* est rogando continuare, proferre: sed translata vox est, ut fit, ad alia, ut pro quavis productione, nec modo dicamus, prorogare diem, sed etiam, *prorogare* pecuniam, id est solvere pro alio, *l. 4. §. 4. de Manumiss.* prorogare sumptus, *l. 55. de Pact.* expensas, *l. 20. C. de Decur. lib. 10.* Pari analogia non puto perperam dictum, *prorogare Jurisdictionem*, imo proxime ad proprietatem originis id accedere. Quid enim aliud est, *prorogare Jurisdictionem*, quam *rogando* alium judicem, *proferre* jus dicentis officium? Hoc enim plane res ipsa est, prorogata *Jurisdictio*, inquam: eaque a mandata differt, quod mandari jurisdictio universa, vel certa species potest ac solet, *l. 16. h. t.* sed prorogare pro certis duntaxat casibus fieri potest. Ratio differentiæ satis est manifesta, quod mandatum ab ipso Magistratu proficiscitur, qui totum, quod habet, jure suo transferre potest; at prorogatio consensu fit litigantium, qui tantum id, quod habent ipsi, hoc est jus de lite sua cognoscendi, transferre queunt, *l. 1. de judic.* Unde primo ad ejusmodi prorogationem requiri intelligitur, ut litigatores de rebus suis disponendi habeant potestatem, non pupilli, prodigi, servi, non minores sine Curatoribus suis, similesque, sed omnino tales, qui legitimam standi in judicio personam habeant, de quibus in *tit. C. de his, qui legit. pers. standi in jud. non hab.* Dein, a parte ejus, in quem Jurisdictio prorogatur, necessum est eum jurisdictione præditum esse; Nam privatum hominem partes quidem eligere possunt, ut arbitrium recipiat, at jurisdictionem effectumque rei judicatæ, nemo quam qui summam habet potestatem, tribuere potest, *l. 3. C. de Judic.* Denique eo modo facienda prorogatio, ut nulla inde jurisdictionum ordinisve publice stabiliti confusio oriatur, quod minime omnium privatis esse permittendum, res & juris publici privatique ratio, sponte loquuntur & docent.

10. (i) Hinc judicari potest, an omnes, quæ vulgo traduntur, prorogationum species juris habeant effectum? Feruntur quatuor, de *loco ad locum*, de *tempore ad tempus*, de *causa ad causam*, de *persona ad personam*. Quod ad priorem attinet speciem, hanc esse volunt, cum judex v. gr. Atheniensis a civibus Megarensibus accipit potestatem judicandi Megaræ, aut Harlinganus Franekeræ. Atqui extra territorium quisque Magistratus jus dicens nihil quam privatus est, *l. ult. h. t.* cui proinde jurisdictio a privatis nullo modo dari potest; præterquam quod ea res confusionem non tolerandam pareret, si lictores & fasces

* Prorogari Jurisdictionem quoque apud nos posse, & expresse & tacite, patet ex Carpz. *dec. 213. n. 10.* Berlich. *P. 1. Concl. 5. n. 31. seq.* Menck. *Disp. Proœm. 1. ad Process. §. 12.*

(i) *Pos. 32. 33.*

externi

externi Magistratus in alio loco cum imperio cernerentur, utique si hæc sit mens eorum, qui hanc prorogationis speciem statuunt, quod nimis enorme foret. Prorogatio *de tempore ad tempus* fundamentum habere creditur *in l. 2. §. 2. de Jud.* sed agitur ibi de judice dato, qui causam intra certum tempus dicere jussus est, huic tempus consensu partium prorogari potest; longe autem est alia Magistratus, cui annua v. gr. jurisdictio data est, ratio; Nam ut huic ultra tempus publice constitutum sua potestas continuetur, cum post id tempus nihil quam privatus sit, privati arbitrii longe terminos egreditur, faceretque præjudicium successori; cum judex pedaneus ad certam causam datus, nec cuiquam creet præjudicium, nec habeat successorem, nec omnino Jurisdictionem, aut potestatem immediate publicam: denique, tempus in gratiam litigantium, quo celerius expediantur, adjectum intelligitur, quibus proin liberum esse, favori suo renuntiare, non est a ratione juris alienum. *Vid.* D. Vinn. *tract. de jurisd. cap. 10. §. ult.*

11. Tertia prorogationis species *de causa ad causam* fertur; quando Magistratus, cui certarum rerum data est jurisdictio, voluntate partium, de aliis quoque negotiis jus dicit. Et tamen hanc ipsam interpretes valde in arctum redigunt; oportet enim causas ejusdem esse naturæ; nam criminalis jurisdictio ad causas civiles, aut vice versa, prorogari non potest, *l. 61. §. 1. de Jud. l. 1. C. ubi causæ Fiscal.* nec qui de mobilibus rebus tantum habet jurisdictionem, ex voluntate partium de immobilibus recte jus dicet; neque Prætor fidei commissarius de causa tutelari, aut matrimoniali, ut tradunt Sichardus *ad l. 1. C. h. t. n. 8.* & Vinnius *d. tract. cap. XI. n. 2.* nihil ut superfit, quam ut Magistratus, cujus jurisdictio certa pecuniæ summa circumscripta est, de majori quoque summa judicare, aut judicare jubere possit, *l. 74. §. 1. de Jud.* quam non de judice Pedaneo, qui ad certas duntaxat causas dabatur, sed de eo, qui perpetuam habet Jurisdictionem, accipiendam esse, vult admodum Vinnius *d. tract. cap. XI. n. 3.* Idem apud Magistratus municipales fieri posse, indicat *l. 28. ff. ad Municip.* Atqui nec temere dixeris, si qua civitas jurisdictiones habeat distinctas per collegia judicum, quorum alia de causis civilibus, alia de criminalibus, de matrimonialibus, de bonis eorum qui solvendo non sunt, de pupillaribus, item de magnis & de parvis pecuniarum summis, uti fit in nonnullis, judicent, collegiorum istorum partes & officia prorogationibus non esse confundenda, non magis eorum, quæ magnitudine, quam quæ genere rerum differunt; Nam hic rerum parvitas & magnitudo, diversa genera atque functiones efficit: Plane, quod antea diximus, nunquam patiendum est, uti prorogatione quicquam publicæ confusionis oriatur. Quo pertinet, quod diximus, in judicem civilium causarum non posse prorogari criminum cognitionem; nec facere licet privatis, ut causas ad regimen publicum spectantes prorogent in Curiam privatorum judiciorum; vel de rebus maritimis deferant lites ad Rectores terrestrium rerum, ubi hæc quidem negotia definitis Collegiis separata sunt, ut in Belgicis, Zeelandia excepta, Provinciis. Sunt tamen causæ dubiæ, privati an publici juris sint, de quibus inter Suprema Reipubl. Collegia sæpe lites asperæ ventilantur; has prorogationibus consensu partium alterutri Collegio submitti, non esset insolens; etsi fatendum est, singulis Collegiis privatorum pactionibus non posse præjudicari. Verum existimem, Jurisdictionem Collegiis non ob suum commodum, sed in utilitatem civium esse concessam, quibus hac parte aliquid juris concedi, non esset inutile; salva semper exceptione, ne qua *inde Confusio Reipublicæ* oriatur; quæ metui non potest in determinatione talium causarum dubiarum; nec a vero alienum sit, confusionem, quæ ex ejusmodi Magistratuum collisionibus oritur, prævia partium conventione salubriter posse præcidi, meminique ejusmodi prorogationes *a Curia* fuisse admissas, ut nullum inde jurgium, quod ad alterius querelam duntaxat oritur, nasceretur. Idem dicere licet de rebus alieni nominatim Collegio delatis, sed quæ commodissime ad alterum possunt referri, ut sunt quæstiones de jure venandi olores, de naufragiis, similesque; nihil enim confusionis inde metui posset, si cum hæ causæ per Statuta Deputatis Ordinum tribuantur, *ut apud nos est*, prorogationibus ad Curiam transferantur; unde similium facile pateat judicium.

12. (k) Restat, ut præcipuus prorogationis usus sit de persona ad personam; quando quis se jurisdictioni ejus Magistratus, cui non erat subjectus, voluntario submittit, *l. 1. & l. 2. pr. de judic. l. 1. & l. 3. C. h. t.* Fitque vel extra judicium mutuo consensu, vel in judicio per litis contestationem;

(k) *Pos. 34. 35. 36.*

nem; primam vulgo expressam, posteriorem tacitam appellant. Quamdiu prima stat intra nudos conventionis terminos, non habet majorem vim, quam conventio jure communi habet. Proinde pactum nudum, de certo judice adeundo, nec actionem, quam nunquam parit, nec, ut videtur, exceptionem producit, nisi privilegio fori sit renunciatum; Nam si contra pacti fidem eo deinceps uti velit, replicatione pacti refutabitur, *l. pen. C. de pact.* Si vero per stipulationem facta sit prorogatio, dabitur actio in id, quod interest, ut ex qualibet promissione non turpi. Idque moribus hodiernis, indistincte obtinebit, distinctione videlicet pacti & stipulationis sublata; sed jurisdictionis mutandæ vim, sola conventio non habet, quin, antequam Judex adeatur, pœnitere liceat, *l. 18. h. t.* Sed quando secundum conventionem partes adierunt Prætorem, cui se submiserant, jam est ejus fundata jurisdictio, quæ proinde necessitatem infert parendi, nec pœnitentiæ locum relinquit, *d. l. 18. h.* Hinc judicari potest, quod de effectu prorogationis hujus quæritur, possitne alter alterum in alio territorio habitantem, vi submissionis hujus, ad Judicem prorogatum immediate in jus vocare; Et respondetur, id fieri non posse, nisi vocandus tempore citationis in territorio judicis prorogati inveniatur, eique citatio sit insinuata; idque non tantum, si in diversa Republ. sub alia summa potestate, verum etiam, si sub eodem imperio, in diversis habitent jurisdictionibus: Etenim citationis necessitas a jurisdictione proficisci debet, cujus nulli actus in alieno territorio exerceri possunt, *l. ult. h.* Qui prorogationem fecerunt, hi tantum ejusmodi effectum ei tribuere possunt, quantum ex renunciatione juris eorum consequi potest. Igitur deprehensi illic, ubi judex, cui se submisit, habet potestatem, nihil quod opponant habent, verum ut alius Judex in alio territorio citationem directe fieri curet, hoc privatus sua conventione nullo modo facere potest. Unde liquet, præcipuum hujusce prorogationis de persona ad personam usum, consistere in hujusmodi submissione, qua quis se judici, cui mediate subjectus est, prima instantia facit obnoxium. Sand. *lib. 1. tit. 1. defin. 3.* Vinn. *d. tract. cap. XI. n. 5.* Tu dices, Prorogatio, quæ solo consensu fit, ne hoc quidem efficere potest, ut quisquam ad judicem non suum venire cogatur, quia pœnitere licet, antequam venerit, *l. 18. h. t.* Sed responsio est, sola vi pacti non infertur illa necessitas, verum judex versantem in territorio citare potest, & pactum submissionis ipsi jus oppositionis aut exceptionis subduxit. Ex his etiam colligi potest, si Judex loci, in quo degit is, qui se submisit alieno Judici, ad hujus requisitionem, illum in jus vocari curaverit; tunc eum venire cogi, vel si non veniat, tanquam adversus contumacem posse procedi. Etenim qui se submisit, quod ad se attineat, non habet tergiversandi causam; modo jurisdictionis actus in eum exerceri possit. Sed Magistratus eorum, qui prorogarunt alienam jurisdictionem, non tenentur ejusmodi permittere evocationes, neque recte consulunt, si promiscue eas permittant, in quo articulo nostrates nimis sunt faciles. Qua de re ad *tit. de in jus voc.*

Quæri videmus, uter exequi possit & debeat sententiam, judex prorogatus, an ordinarius prorogantis? Variantes sententias recenset D. Matthæus *disp. 2. de Jud. th. 41.* & concludit, eum, cui se litigantes subjecere, judicatam a se rem exequi posse, repudiata distinctione Bartoli, qui interesse putabat, habeatne condemnatus bona in eodem loco, an secus. Quæ distinctio mihi verissima videtur; modo præmittatur alia: sitne prorogatio facta in judicem, cui reus mediate subjectus est, an in extraneum. In priore, non est dubium, quin prorogatus judex sententiam a se dictam exequatur, ut si Franekerauus civis se prima instantia Curiæ submiserit, certum est, executionem ab ipsa Curia fieri; verum si judex prorogatus plane sit extraneus, vel diversi territorii in eadem Republ. tum si bona Rei quædam ibi sita sint, in hæc fieri potest executio; si nec persona, nec bona Rei in potestate Judicis, qui dixit sententiam, sint, τῶν ἀδυνάτων est, ex iis quæ fieri non possunt, ut alier executio procedat, quam per requisitionem Judicis, qui habet in potestate condemnatum. Denique, per litis contestationem fit prorogatio, quando quis vocatus ad judicem, cui non subest, in jus vocantem sequitur, ejusque petitioni respondet; tunc enim ad fori declinatoriam reverti nequit, *l. 52. de Judic. l. 18. h. t.* Verum, si quis actionem duntaxat edi postulaverit, is hoc ipso non videtur in judicem consensisse, *l. 33. de judic.* quia tunc genus actionis necdum cognovit, ut scire nequeat, cedere, an contendere, vel judicem recusare debeat: verum si post citationem editamque actionem, reus in judicio se stiterit, initiumque processus aut rerum eo spectantium fecerit, magis est, ut in judicem consensisse videatur, *l. 18. de*

Jurisd. quod Curiæ nostræ visum aliquoties, ut memini, cum nihil quam ampliatum esset a partibus, sive *continuatum*, ut loquuntur, in diem judicii proximum, nulla re dicta vel scripta.

13. (l) Feruntur & alia Jurisdictionis differentiæ, veluti quod alia sit, quæ de Plano expediri potest, alia quæ pro Tribunali tantum exercetur, *l. 9. §. ult. & §. de plano. 3. de off. Proconf.* Item, quod Jurisdictio sit vel Urbana, vel Provincialis vel Municipalis; quas habet Pacius *Isag. h. t. n. 3.* Tertio, est vel ordinaria, quæ Magistratui qua tali, more solito competit, vel extraordinaria, quæ ex lege speciali defertur. Sed ex his, quæ superius dicta sunt, colligi potest, extraordinariam, quæ dicitur, Jurisdictionem non esse talem, vel speciem *ejus*, sed jurisdictioni solere opponi, *l. 6. §. 2. de Tutel.* Denique potissima Jurisdictionis divisio est, in Civilem & Criminalem.* Civilis, ajunt, est potestas de causis civilibus, & Criminalis de criminibus cognoscendi, cum facultate exequendi conjuncta. Sed hi termini jurisdictionis *criminalis*, cum opposita *civili*, nusquam in Jure Romano extant, neque cum instituto loquendi antiquis usitato conveniunt; quippe criminalis illa potestas alio nomine, meri scil. imperii, frequentatur, etsi officium juris dicendi, criminalibus quoque causis convenire, non unus indicat textus, *l. 7. §. ult. l. 8. & l. 9. de off. Proconf. l. 1. de off. ejus, cui mand. est jurisd. l. 2. §. 23. de O. J. l. 31. ad L. Cornel. de Fals.* ubi *jurisdictio* est judicis in civili causa, ut *ex fine* apparet; nec tamen inde sequitur, divisionem modo memoratam, stabilitis eo modo terminis, esse juris Romani: non est quidem inde vehementer aliena, tamen est incognita; Criminalis, quam vocant, Jurisdictio constanter *merum imperium*, secus nunquam appellatur. Si quis divisiones alias moris hodierni cognoscere velit, earum aliquas D. Thomasius adjecit.

SCHOLIUM.

Communiter tamen dividi solet (t) *in* Ecclesiasticam & Secularem. *Illa in causis ecclesiasticis per consistoria potissimum exercetur.* Hæc *est vel* superior *seu criminalis, vulgo Alta, vel* inferior *seu civilis ac Bassa.* Inferior est *vel* allodialis, *vel* Feudalis, *vel* Forestalis. (2) *In* personalem, *& realem seu* patrimonialem, vide Schütz. ad h. t. p. 21. Carpz. d. l. n. 14. seq. Schilter. Ex. 6. th. 7. 8. 9. 12. 13. 14. 15. (3) *in* universalem, *quæ in omnibus locis territorii competit, ubi obtinet regula, cujus est territorium, illius est jurisdictio,* Mev. P. 2. d. 314. n. 9. *&* particularem, *quæ ad singularem locum restricta est.* vid. Köppen. decis. 48. P. 2. D. Stryk. de Jurisd. circumscripta c. l. c. 21. seqq.

RESPONSIO.

De Ecclesiastica diximus, eam potius esse Notionem, quam jurisdictionem, quia nec forum, nec apparitionem, neque executionem habet, l. 8. C. de Episc. aud. Nov. Valent. de Episc. Aud. *Jure Canonico longe aliam esse rationem novimus; de cujus rei merito alibi agendum, & ex parte jam actum* in lib. 1. de jure Civit. cap. 24. & seqq. *ubi demonstravimus, Ecclesiæ nullum competere jus externe coactivum, nisi ab Imperio civitatis dependens. Jurisdictionem Patrimonialem a jure Rom. quod heic agitur, alienam esse, jam demonstravimus. Tertia divisio coincidit cum Jurisdictione Præsidum & Municipali, quas inter hoc distat, quod hæc alteri subordinata sit. Inferius adhuc aliquid ea de re collocabitur.*

N. ADDIT.

Ego vero nescio, quorsum hæc responsio tendat. Ipse sane Autor fassus est, divisiones istas in Scholio propositas, esse divisiones moris hodierni, i. e. Jurisdictionis Germanicæ a Jurisdictione Romana toto cœlo diversæ. Quomodo igitur responsionis locum ad istud Scholium obtinere potest observatio, istas jurisdictionis divisiones esse juri Romano incognitas, ut deprioribus duabus hic monet Autor, cum ea de re nullum usquam fuerit dubium? Cæterum quod divisionem jurisdictionis in ecclesiasticam & secularem attinet, (de qua vide dict. dissert. nostr. §. 50. seq.) *poteras Autor, si*

* Jure nostro Jurisdictio dividitur in Bassam sive inferiorem, die Erb- oder Nieder Gerichte, & Altam sive superiorem, die Ober-Gerichte. Hæc continet Jus cognoscendi & animadvertendi in causis Criminalibus, pœnam capitalem, corporis afflictivam, relegationem, carcerem, item graviorem mulctam merentibus; illa vero complectitur Jus cognoscendi causas civiles & modice coercendi delicta leviora. vid. *Ordn. Provinc. d. An. 1555. tit.* Was zu Ober-Nieder oder Erb-Gericht gehöret. Carpzov. *Prax. Crim. qu. 109. n. 20. seqq. & n. 57.* qui & *n. 63.* observat, ad inferiorem jurisdictionem saltim Jus incarcerandi per triduum & mulctam 4. sexagenarum novarum, 4. neuer Schock, sive 10. thalerorum, pertinere.

(t) *Pag. 38. 39.*

genera-

generalia instituta & mores Europæ circa jurisdictionem ipsi animus fuisset annotare, id paucis observare, eam distinctionem, etsi haud dubie originem debeat Papatui, tamen & observatam fuisse ante reformationem in tota Europa, & post reformationem etiam in territoriis Protestantium fere ubique adhuc observari, tanquam reliquias Papatus. De patrimoniali porro Jurisdictione, quidem antea §. 5. quædam monuit Autor, quorsum hic se refert, sed vereor, ut recte perceperit vim vocis Autor. Jurisdictio patrimonialis nil aliud est, quam antiqua potestas Germanorum dominica in servos schemate Jurisdictionis palliata, aut certe jurisdictio in servos manumissos, quorum jam ab antiquis Taciti temporibus conditio parum differebat a conditione servili. Unde & hodie Jurisdictio patrimonialis saltem in rusticos est, non in homines urbicos aut nobiles. At Autor in *§. 5. omnem jurisdictionem Comitum, Baronum & Nobilium hereditariam, pro patrimoniali videtur habuisse. De tertia divisione vereor, ut plus ad intelligendam eam faciat comparatio cum Jurisdictione Præsidum & municipali, quamsi quis comparationem instituat cum jurisdictione analoga quadam Magistratuum Turcicorum. Magis ad fontem hujus divisionis cognoscendum faciunt ea, quæ diximus* in alleg. Dissert. *§. 64. seq.*

Melior est divisio in Civilem & Militarem. Illa inter paganos, vel saltem adversus paganum reum: hæc contra militem reum exercetur, *l. 6. C. de jurisd. omn. jud. l. 2. C. ubi quis de Curial. vel cohort. l. un. C. Quand. mil. fori præscr. uti non potest.* D. Matth. *tract. de Judic. disp. 2. th. 46.* Videbimus adhuc in *tit. de Judic.* Postremo sunt, qui dividunt Jurisdictionem in Separatam & Conjunctam; ut Separata sit, quam Magistratus aliquis solus habet, ut Prætores, Præsides & Præfecti Romani. Conjunctam faciunt Concurrentem, vel Simultaneam. Concurrens, quam diversi Magistratus in eodem territorio, easdemque in personas exercent; in qua locus est præventioni. Simultanea, quam plures in eadem causa pariter exercent, per modum Collegii, ut hodie fere se res habet in Curiis Judicum. Vid. *l. 36. & seqq. ff. de Re Judic.* ubi de judicibus pedaneis; nam Magistratuum ejusmodi collegia non fuerunt apud veteres, quod meminerim. Et sunt pleræque differentiæ seculi potius quam Juris Romani; nec tamen ideo contemnendæ observationis.

Habuimus definitionem divisionemque Jurisdictionis, earumque occasione præcipuas observationes ad universæ materiæ intellectum pertinentes. Dictum etiam satis est, summam potestatem, quæ penes Populum, dein penes Principem fuit, esse fontem, unde profluit Jurisdictio, idemque de Imperio venit observandum: quemadmodum & modos finiendæ jurisdictionis juxta imperii fines commode tractabimus. Ergo transeamus ad caput alterum hujus tituli.

DE IMPERIO.

I. Imperium quid, quotuplex, quid mixtum. II. Id etiam convenire Magistratibus municipalibus. III. In quibus rebus consistat mixtum Imperium. IV. Merum Imperium quid? etiam complecti cognitionem. V. Non posse mandari. VI. Merum Imp. æque Magistratuum esse, jure proprietatis, quam Jurisdictionem. VII. Gradus seu partes meri Imperii. VIII. De causa & modis finiendi Imperii & Jurisdictionis. IX. An & quatenus Imperio ac Jurisdictioni præscribatur.

EST (a) autem, ut *in princ.* diximus, Imperium *potestas armorum*, quæ non competebat Magistratui qua tali; sed Lege speciali Curiata tribuebatur; Unde Sueton. *in Jul. cap. 75.* Magistratus & Imperia sibi invicem opponit: quanquam in Jure nostro Imperium frequentissime de quovis Majore Magistratu, veluti Consule, Præfecto urbi, Prætore, Proconsule, & cæteris, qui & coërcere aliquem possunt & jubere in carcerem duci, usurpatur, *l. 2. de in jus voc. l. 215. de V. S.* sicut e contra Magistratus minores & Municipales sine Imperio esse dicuntur, *l. 32. de Injur.* Ratio interim ex *d. l. 2.* cur Imperium ita de quovis Magistratu majore prædicetur, hæc esse videtur, quod illi omnes potestate armata sint præditi: Unde μετωνυμικῶς universum eorum officium hoc vocabulo designari cœpit. At in priore proprioque sensu Imperium est duplex, *Mixtum* quod dicitur, & *Merum*, *l. 3. h. t. l. ult. §. 1. de off. ejus, cui mand. est jurisd.* Mixtum finiemus, quod sit, *Potestas adjuncta jurisdictioni, ad eam tuendam & explicandam, addita vi executionis & coërcitione contumacium, d. l. 3. & l. ult. §. 1.* Unde, quia pari passu ambulat cum jurisdictione, semperque penes eosdem est, quibus competit jurisdictio, adeoque cum ea *mixtum* videtur, nomen illud Imperii *mixti* natum esse apparet.

(a) *Pos. 40. seq.*

2. Etiam hoc inde sequitur, non tantum Imperium illud esse mixtum cum Jurisdictione excellenter ita dicta, quæ est Magistratuum populi Romani, sed etiam cum jurisdictione, quam municipales Magistratus habere *supra* demonstravimus; Nam sine coërcitione Jurisdictio nulla est, *d. l. ult. §. 1. de off. ejus, cui mand.* Potestas municipalium inutilis & elumbis foret, si nulla vis coërcendi exequendique ei conjungeretur. Quin proditum de illis est, quod pignus capere possunt, *l. 29. §. 7. D. ad L. Aquil.* dicere mulctam, *l. ult. de decret. ab ord. fac.* modice castigare, *l. 12. h. t.* quæ sine omni dubio mixti sunt Imperii. Denegantur quidem iisdem Magistratibus restitutio in integrum, missio in possessionem, & si qua alia ἀρχικώτερα, id est, magis Imperii quam Jurisdictionis sunt, quæ ipsis non aliter quam jussu Præsidum licent, *l. 26. D. ad Municip.* cujus forte naturæ est etiam missio in possessionem damni infecti nomine, *l. 4. §. 3. de damno inf.* Sed inde, quod eximiæ quædam partes Imperii mixti negantur municipiorum Magistratibus, dicendum non est, eos, qui pleraque habent, in quibus idem Imperium consistit, hoc non habere. Quin potius fateamur quod res est, negare, municipales Magistratus habere jurisdictionem sine mixto Imperio, perinde esse, ac si Jurisdictionem illis tributam, esse diceres elusoriam & elumbem: Prorsus municipium sine hoc Imperio regere non potuissent. Dissentit tamen, inter alios, Wissenbachius noster, per verba *d. l. 26. ff. ad Municip. quæ magis imperii sunt quam jurisdictionis, ea Magistratus Municipalis facere non potest.* Quasi illic de *mixto* imperio, non de majori potestate κατ' ἐξοχὴν accepto agetur. Ad ea vero, quæ a Magistratibus municipiorum fieri posse probavimus, respondet, *eos illa facere non jure proprio sui Magistratus, sed ex delegatione Præsidis*, d. l. 4. §. 3. *de damn. inf. quia fungitur*, inquit, *vice Præsidis, non sua, nititur Imperio Præsidis, non suo*, *l. 5. h. t. l. 1. §. 1. de Off. ejus, cui mand.* At hi Textus agunt de mandata jurisdictione. Sed nec ego hic quæri censeo, an dependenter a Præside Municipales sui muneris partes exercuerint, sed an mixtum imperium ab illorum jurisdictione separatum sit. Similiter, an *ex lege* mulctam dicant, pignus capiant coerceantque, ut ille vult, an ordinario jure Magistratus municipalis, in illis non distinguitur, quod sciam; satis enim constat, illos omnem Imperii sui modum a Romanis, quorum in potestate erant, accipere debuisse.

3. Cæterum, (b) etsi in universum jurisdictioni cohæreat Imperium mixtum, vix tamen hoc ita capiendum, ut semper hoc Imperium judicati exequendi causa sit adhibitum: Sæpe enim per & propter se exercetur, ut fit in quotidianis imperii exercendi occasionibus, & tunc etiam non est sine aliqua cognitione, *arg. l. 1. §. ult. de Aleator.* neque tamen est species jurisdictionis, ut vult Wesenbec. *parat. h. t. n. 5.* Igitur Imperium mixtum consistit in omnibus, quæ manum & aliquam vim justam requirunt, veluti in mulctæ dictione, pignoris capione, carcere, manu militari, missione in possessionem, judicati exequendi causa & omni modica coercitione, qualis etiam est advocatione vel foro interdicere, *l. 9. §. 1. & seqq. de Pœn.* Bach. ad τὰ πρῶτα *tit. de jurisd. cap. de mixto imp. n. 107.* Suthon. *de jurisd. th. 322. & seqq.* Vinn. *de jurisd. cap. 7.* Struv. *exerc. 4. th. 64.* Sed difficultas insignis vertitur in hoc articulo, quid de danda bonorum possessione, jubendo caveri prætoria stipulatione, restitutione in integrum, missione in possessionem rei servandæ gratia, ventris nomine, damnique infecti, sit statuendum: Nam quæ sit sententiæ exequendæ gratia, procul dubio ad Imperium hoc nostrum referri debet. De cæteris videtur omnino concinnior eorum esse doctrina, qui mixtum Imperium iis rebus finiunt, quæ jurisdictionem explicant, vigoremque ei addunt, & cogendi facultatem continent; ita ut Jurisdictio & Imperium ita differant, quemadmodum in vernacula Jurisprudentia expressimus *Rechtsmacht, Rechtsdwang*, cujusmodi cogendi vis nulla in modo enumeratis actibus apparet. Nam dare bonorum possessionem nihil est aliud, quam adjudicare successionem prætoriam, & causa cognita pro tribunali decernere, *l. 2. §. 1. Quis ordo in bon. poss.* ne dicam, quod altera species, Edictales bonorum possessiones, hodie non petuntur apud tribunal, sed apud quemcunque judicem agnoscuntur, etiam apud Magistratus municipales, *l. ult. C. Qui admitt. ad bon. poss. l. ult. §. Sin autem ex alia. C. de Curat. fur.* Jubere etiam caveri prætoria stipulatione, res est, si quicquam aliud, quæ ad jus dicendi partes simpliciter pertinet: Restituere autem in integrum, quid est aliud, quam causa cognita decernere actum aliquem prius celebratum esse rescindendendum? & mittere in possessionem, quid est quam jubere in possessionem iri? suntque

res

(b) *Pos. 41. seq.*

res omnes ex edicto proficiscentes, *l. 2. in pr. Quib. ex caus. in poss. eat. l. 7. in pr. de damn. infect.* Plane, si bonorum possessionem danti, aut caveri jubenti, vel in integrum restituenti, denique in possessionem mittenti prætori, partes non pareant, tum coactioni mixtoque imperio locus est, quemadmodum illa omnium rerum, in quibus jus dicentis officium vertitur, ratio & consectutio est. Atque ita sentiunt, quos modo laudavimus, Bachovius, Sutholt, Vinnius, Hahnius & alii; Præceptorum quoque alter nostrorum D. A. Matth. *Disp. 2. de Jud. th. 24.* secutus Duarenum & Gentilem illic laudatos. Ad *l. 4. h. t. & l. 26. ad Municip.* quæ jubere caveri per stipulationem, restituere in integrum, mittere in possessionem, *Imperio* adscribunt, non improbabilis responsio est, eas haud loqui de imperio mixto, sed de eo, quod potestatem Magistratus excellentiorem significat, ut in *l. 8. de off. Proconf. l. 3. de off. ejus, cui mand. l. 12. §. 1. de jud. l. 7. §. 4. de Pact. l. 14. de re judic.*

Sed importunius obstat, quod ad dandam bonorum possessionem attinet, *l. 3. h. t.* ubi sic Ulpianus; *Mixtum est Imperium, cui etiam Jurisdictio inest.* Qui mixtum Imperium, ita ut nos exposuimus, declarant, non nihil negotii in his verbis explicandis habere se intelligunt: neque dubitant potiores, quin textus sit vitiosus. Inter emendationes, quæ feruntur, optima conjectio videtur Ant. Fabri, qui *l. 4. conject. 4.* suggessit, pro *quod* legendum esse; *QUÆ in danda bonorum possessione consistit*, emendatione facili & quam contextus verborum haud ægre recipiat. Aliter Lyclama noster *membr. lib. 5. cap. 1.* Struv. *exerc. 5. th. 65.* Franzk. *D. de jurisd. n. 52.* qui responsionem quærunt ex verbis *d. l. 3. Mixtum est Imperium, cui etiam jurisdictio inest*, quasi hic agatur de Imperio diverso, quod non sit adnexum Jurisdictioni; verum cui jurisdictio tanquam principali cohæreat; & sic aliud huic loco Imperium convenire. Sed Jurisc. in *d. l. 3.* Imperium dividit in merum & mixtum; utramque speciem definit, tertium Imperii genus aut sensum, inferre abs re alienius videtur. Sed hoc velim gnarus Legum perpendat Lector: Imperium mixtum & jurisdictio, pari, ut audivimus, passu ambulant, semper iisdem insunt personis, arctissimo nexu res sunt conjunctæ. Hinc aliquando fit, ut altera sub alterius appellatione contineatur; eo sensu executio, quæ est mixti Imperii, dicitur esse *extrema in jurisdictione, l. un. §. 1. Si quis jus dic. non obtemp.* Ulpianus hic sub Imperio jus dicentis Officium complecti voluit; hoc aut esse merum, id est non mixtum jurisdictioni, aut Mixtum, *cui jurisdictio inest*, quod & jurisdictionem comprehendit: sub quo tum ita late sumpto, *dare bonorum possessionem* comprehendi, mirum non est: forte modo laudati Auctores ab hac explicatione non fuerint alieni.

4. (c) Altera species Imperii dicitur Merum, quia non est *Mixtum* jurisdictioni, sed ab ea separatum, nec jure vel more Magistratus, sed ex Lege vel Constitutione speciali proficiscitur, *l. 1. de off. ejus, cui mand.* Nam hanc esse proprietatem vocis *meri*, ut non mixtum significet, unde vinum merum dicatur, notius est, quam ut probatione sit opus; vide sis Wissenbachium *ad h. t. th. 5.* Rationes alias hujus nuncupationis attingit D. Matthæus *disp. 2. th. 10.* Definitur *l. 3. h. t.* gladii potestas ad animadvertendum in facinorosos homines. In gladio triplex tropus est, primo, quatenus sumitur pro quovis instrumento ultimi supplicii irrogandi; quod ut plurimum gladio fiebat, *l. 8. §. 1. de Pœn.* unde Caracallæ reprehensio, quod non gladio usus esset percussor *Papiniani.* Rursus, ultimum supplicium, pro quavis animadversione graviori; denique animadversio, pro toto judicio de animadversione; cui accedit quinta tropi interpretatio, quod Magistratus hoc Imperio prædi ti, a principe gladio accingi solebant: unde laudata Trajani vox ad Præfectum, ut hoc *pro se*, bene si imperaret; si male, *contra se uteretur.* Huc Paulus spectat Apostolus de Magistratu loquens: *οὐ γὰρ εἰκῇ τὴν μάχαιραν φορεῖ, haud frustra gladium gestat. Rom.* 13, 4. Eodem Statius alludit *5. sylv. 2. sub fin.*

-- En ingens reserat tibi Limen honorum
Cæsar, & Ausonii committit munia FERRI.
Et mox; *Cuique sacer primum tradit Germanicus ENSEM.*

Cæterum, id satis exploratum est, merum Imperium consistere etiam in antecedente criminis cognitione, *l. 2. §. 23. de O. J. l. 6. de off. Proconf. l. 1. §. 4. de off. Præf. urb. l. 1. de off. ejus, cui mand.* Sunt sane, qui merum Imperium nihil esse volunt quam executionem jurisdictionis criminalis, eodem modo, quo mixtum Imperium est executio civilis jurisdictionis, quam opinionem sequitur D. Schotanus in *exam. ad tit. de jurisdict.* Enimvero concinna satis erat hæc sententia, si juris au-

(c) *Pos. 44.*

ctoritate niteretur, sed nusquam illa inventio probatur. Merum Imperium nihil commune habet cum Jurisdictione, quæ hac appellatione in Jure cognita est; quare etiam *merum* dicitur: at ex illa hypothesi non minus esset mixtum, quam quod ita nominatur. Ratiunculas quasdam e contrario, removet D. Wissenbach ad *h. t. th. 6.*

5. Ex eo autem, quod merum Imperium ex speciali concessione Legis proficiscitur, jam ante observavimus, non posse merum Imperium mandari, *d. l. 1. de off. ejus, cui mand.* nisi in casu absentiæ, quod cum Lege Julia de vi nominatim caveri narret Ulpianus in *d. l. 1.* Quæstio non est maximi omnium momenti, an hoc ad casum infirmitatis extendi possit? Wissenbachius noster ad *h. t. th. 12.* secutus & Gentilem *3. de jurisd. c. 25.* & Perezium *ad h. t. C. n. 20.* negat; idemque D. A. Matth. *disp. 20. de Jurisd. th. 19.* Iis que constat hæc ratio, quod consequentia a pari, quin etiam a majori, cesset in his, quæ a speciali Legis sanctione dependent. Sed ego non possum, quin magis eorum sententiam probem, qui hic etiam *æquitati*, id est *interpretationi* ex præsumpta Legislatoris voluntate, locum faciunt; quæ non potest non videri hic habere locum, ut cum absentem patitur mandare jurisdictionem, idem ægrotanti permissum velle videatur. Quin nec verba legis adhorrere videntur ab hac extensione, in his verbis, *d. l. 1. §. 1. non aliter itaque mandare poterit, quam si abesse cæperit.* Num vero etiam qui ægrotat, non abest a tribunali? Facilius negari poterat consequentia ab eo, quod de Lege Julia *nominatim* traditum est, ad alia quælibet Judicia, quam miror concedere D. Matthæum *d. disp. th. 18.* qui negat extensionem ab absentia ad morbum. Me tamen non refragante fiet, ut quod a Justiniano in corpus Juris relatum est, cum ad alia perinde spectet, ad quævis judicia transferatur. Porro, quod jure civili cautum est, Merum Imperium non posse mandari, quibusdam, moribus hodiernis aliter receptum videtur, ut & jure Pontificio. Sed deceptos esse verisimilitudine, bene tradi videtur a Scip. Gentili *lib. 3. de jurisd. c. 26.* Bachovio *not. ad Treutl. vol. 1. disp. 23. th. 1. lit. C.* & Wissenbachio ad *h. t. th. 15.* Videmus sane, non tantum Reges, ut scilicet Rex in *cap. Si archiepiscopat. X. de Raptor.* Principes, Comitesque, sed etiam Nobiles privatos, quibus est jurisdictio patrimonialis, ad merum Imp. constituere Jurisperitos exercendum: sed hoc non tam esse mandatum, quam primævam commissionem, qualis est Magistratuum, qui merum Imperium a Principe accipiunt, saltem analogice, recte a prædictis Auctoribus demonstratum est. Denique ex eo, quod Imperium Merum ab Jurisdictione penitus separatum est, recte statuitur, concessa a Principe Jurisdictione, merum Imp. non intelligi esse permissum, quod ipsum ex modo citata ratione firmatur, quia merum Imperium non nisi per specialem sanctionem defertur: idemque valet, si Princeps alicui territorium vel urbem regendam commiserit; utique nisi ex genere Præfecturæ & instituto ejus antiquo Merum Imperium ei semper adjunctum fuisse constet, quo casu generalis & negligentior expressio, contra naturam negotii captanda non videretur, Bach. & D. Wissenb. *dd. Locis* & Menoch. *1. arb. quæst. 54. n. 45.*

6. (d) Nota est quæstio, sitne merum Imp. proprietate Magistratuum, an usu tantum & exercitio, ut ita proprietas competat Principi: Nota quoque sponsio super hoc quæsito Azonis & Lotharii, arbitro Henr. V. Cæsare, quam Azo refert ipse *ad h. t. C. n. 17.* subducente quæstionem D. Wissenbachio *th. 11.* qui tamen minus recte, cum vulgo, ut videtur, quæstionem sic format; *an magistratus merum Imperium habeat jure proprietatis atque dominii?* Etenim neque merum Imperium, nec ulla potestas, quæ Magistratibus competit, jure dominii vero vel quasi ad illos pertinere potest; hoc tantum de hereditariis hodierni seculi jurisdictionibus adfirmetur, Jure Romano nihil ejusmodi auditum est. Qualis igitur proprietas intelligetur? eadem sine dubio, quæ in *l. 5. h. t.* de Jurisdictione prædicatur, ubi opponuntur Jurisdictio, quam quis habet suo jure, & alieno beneficio; scilicet alterius, quam Principis, cujus beneficio cunctæ potestates deferuntur, sine exceptione aut oppositione ulla. Quæ igitur potestas non competit *alieno beneficio*, sive per mandatum Magistratus, sive privatorum submissionem, sed quæ immediate a Principe venit, ea *proprio jure* competere dicitur; Atqui hoc evidentius de mero Imperio, quod specialem summæ potestatis voluntatem requirit, quam de jurisdictione potest affirmari. Omnis, inquam, potestas in Republ. derivatur a Principe, a quo si immediate descendat, juris ratio vult, ut propriam dicamus eam potestatem his, quibus data est,

(d) *Pos. 59. & seqq.*

quem-

quemadmodum de jurisdictione omnes fatentur: accedit tum illa jam dicta ratio; qui potestatem non habet alterius Magistratus aut privatorum beneficio, is eam suo jure habet, *l. 5. h. t.* Sed qui habet merum Imperium, non habet hoc alterius Magistratibus aut privatorum beneficio: Ergo. Enimvero a Principe concedi merum Imp. idque semper ab eo dependere fatemur. Ideoque si quis hanc ob causam jus Principis appellare velit proprietatem, & quod Magistratus habet, exercitium, potest quidem; sed tunc idem de Jurisdictione omnique potestate dicendum, non de mero Imperio duntaxat, ut volunt dissentientes. Ex his satis liquere potest responsio ad *l. 1. de off. ejus, cui mand. est jurisd. in verb. publici judicii exercitionem.* Item ad id, quod Vinnius *tract. de jurisdict.* opponit; Magistratus, qui proprium jus habet, officii sui partes alii mandare potest, *l. 5. h. t.* Quod tamen de Imperio negatur. Atqui ratio, cur merum Imperium mandari nequeat, inde non est, quia non sit proprium, sed ob generalem jamque memoratam rationem, quod ea, quæ ex Lege speciali veniunt, mandari nequeunt, quia Legis hæc est intentio expressa, ut ab ipsis, quibus committitur, Magistratibus exerceatur. Denique opin. Vinn. eum, cujus proprium est Imperium, jus quoque vitæ ac necis habere, quod Magistratibus adscribi nequeat; Resp. jus vitæ necisque Principis est, diversumque ab Imperio mero. Illud inter jura Majestatis ab omnibus refertur, hoc est ministerium infra summam potestatem. Videtur hoc esse πρῶτον ψεῦδος in hac causa, quo & Henricus Cæsar forte deceptus est, quod jus vitæ & necis atque merum Imperium eadem esse creduntur, cum hoc sit potestas gladii præscripto Legum exacte alligata, quo jus vitæ & necis haud perinde adstringitur, cum Princeps sit legibus solutus, *l. 31. de LL.* juncta *l. 31. de Pœnis:* Fuit hic etiam error Bartoli, cum inter gradus meri Imperii Legislationem quoque referret, quasi summa potestas & Imperium merum rem eandem significarent, quem errorem non soli Bartolistæ errant. Nec tantum Xylander, sed & Stephanus uterque, Lennclavius, Sylburgius & alii, quando Scriptores αὐταρχίαν, αὐτοκράτορα ἀρχὴν, summam Imperatoriam potestatem appellant, illi vertunt *Merum Imperium.*

7. (e) Bartolus etiam errat, quando sex hujus Imperii gradus statuebat, ut monet D. Matthæus *d. disp. th. 13.* D. Wissenbach. *d. disp. th. 10.* Rectiusque tres gradus animadversionum distinguuntur; ita ut primus omnes comprehendat pœnas, quibus mors naturalis, sive ultimum supplicium irrogatur. Secundus eas continet, quæ morti naturali sunt proximæ, quales membri amputatio, damnatio in metallum, aut in opus publicum, ad triremes, denique deportatio. In tertio gradu sunt pœnæ leviores, ut relegatio, fustigatio, virgarum flagellorumque verberatio, stigmatis inustio, bonorum confiscatio, infamiæ irrogatio, dignitatis ademptio: quin etiam admonitiones, quæ apud nos Magistratibus municipiorum datæ sunt, a mero Imperio decerptæ videntur, quales sunt, expositio publica ad columnam, lapidis aut vasis ignominiosi portatio, damnatioque ad panem & aquam, ut loquuntur; modo hæc in causis criminalibus instituantur, *l. 8. & 9. de Pœn.* Suth. *de jurisd. th. 397. & seqq.* Vinn. *de jurisd. c. 1. n. 5. cap. 7. n. 3.* Struv. *exerc. 4. th. 76.* Hahn. *ad Wesenb. d. t. n. 6.* A. Matth. *de judic. disp. 1. th. 14.* qui tamen membri abscissionem refert ad tertium gradum.

8. (f) Hæc de natura Jurisdictionis Imperiique meri atque mixti sufficiant. Si quis harum potestatum quærat causam, ea sine dubio est summa potestas Reipubl. ut aliquoties dictum; Hæc enim Magistratibus ut ministris ad expedienda ea, quibus ipsa superesse non potest, utitur, Unde ipse Princeps Magistratus non est, sed ei quidem opponitur, *§. 1. Inst. de Adopt.* quanquam juris dicendi munus initio Rerumpubl. Principibus fuerit proprium, eoque Principes optimi frequenter etiam functi sunt, quomodo Augustum diligentissime jus dixisse, refert Suetonius *in ejus vita:* adeo ut penes Principem eadem omnino potestas, quam habent Magistratus, quatenus ea vult uti: Quanquam jurisdictio non appellatur, quia sufficit ad hæc summa potestas, quæ omnia, quæ in Reip. administratione vertuntur, comprehendit. Hinc intelligitur, quo pacto finiatur Jurisdictio & Imperium. Nam præter mortem Magistratus, quæ necessario personalem functionem extinguit, (mors Principis nihil huc pertinet, cum is Jurisdictionem dederit ut caput Reipubl. quod nunquam moritur,) adhuc finis imponitur Jurisdictioni, elapso tempore, quo erat concessa; quomodo Prætoris jurisdictio terminatur anno, *pr. Inst. de perpet. & temporal. action.* in Provinciis vero continuatur juris dicundi offi-

(e) *Pos. 54. & seqq.* (f) *Pos. 67. & seqq.*

cium, donec advenerit successor, *l. 10. de off. Proconf. l. 17. de off. Praef.* abdicare vero potestatem ante tempus non potest Magistratus, nisi cum Principis consensu, *l. pen. de off. Praef. l. 2. §. 24. de O. J.* quia munus publicum est, quod etiam invitis imponitur, *l. 1. de muner. & honor.* sed revocatione Principis, si hic velit uti jure potestatis suae, procul dubio finitur, quatenus inferiores potestates perpetuo ab summae potestatis arbitrio dependent, quomodo L. Silanus a Claudio adactus est ejurare Magistratum & reliquus Praeturae dies in Eprium Marcellum collatus est, referente Tacito *lib. 12. Annal.* Quod hodie secus obtinere, nulla ratio dictat, etsi ita Joh. Verstegen *tract. de Imperio n. 55.* nisi distinguendum sit, ut quibusdam videtur, inter officiales Principis & Reip. ut illi possint a Regnantibus abdicari. Quae distinctio verissima est in ejusmodi Imperiis, in quibus Lege vel institutione Reipubl. fundamentali cautum atque receptum est, ne Imperantes aliter quam causa cognita Magistratus ad summam Reipubl. administrationem constitutos, nec aliter quam maleficii convictos, destituant: quod tum tamen ad ministros ipsorum, qui Principis dicuntur officiales, spectare non videtur; quando & Magistratus etiam inferiores suos officiales destituere & abdicare possunt, modo id faciant simpliciter, non ex causa infamante, quia tum requiritur causae cognitio atque probatio, ut docet Sandius *noster decis. ultima.* Quatenus autem boni Principes jus suum metiuntur ex eo, quod facere debent, non ex eo, quod possunt, ita non male statuitur, sine justa causa eos non posse revocare jurisdictionem: quemadmodum id sane de hodiernis jurisdictionibus hereditariis simpliciter affirmandum est, eas non magis a Principibus adimi posse, quam reliqua omnia, quae sunt in patrimonio singulorum. Scip. Gent. *tract. de jurisd. lib. 1. cap. 28.*

SCHOLIUM.

Atqui haec possunt adimi cum jure supereminentis dominii, tum jure puniendi. Ergo & Jurisdictio, quod fit potissimum propter nimiam crudelitatem dominorum. Strauch. XX. 12.

RESPONSIO.

Jure dominii eminentis qualibet res patrimoniales suis dominis auferri possunt: ut etiam propter delicta, nimiamque ob saevitiam, dominos quoque ad servum alienandum compelli potuisse, pridem intelleximus ad tit. Inst. de his, qui sui vel al. jur. *Facilius tamen, ut est rei natura, jurisdictionem, quae in patrimonio est, quam praedia, propter excessum in ejus exercitio, committi posse, non est quod omnino negemus.*

N. ADDIT.

Ergo uti Scholium meum sententiam Autoris non tam impugnaverat, quam limitaverat, ita limitationem agnoscit Autor, adeoque dissensus hac parte inter nos non est. Caeterum cum Dd. ea limitatione utentes, utantur argumento l. 1. C. de emend. serv. l. ult. C. quemadm. civil. mun. jud. lib. 10. *& tamen servorum Germanorum semper fuerit diversa ratio a Romanis, videndum alio tempore, annon haec limitatio referenda sit ad nudas speculationes pragmaticorum, & an frequentia adsint exempla limitationis istius. Nam unum saltem vel alterum non magis faciet limitationem, quam quod Imperatores intuitu Julii Sabini & Umbriciae matronae, extra ordinem & per modum juris singularis fieri jusserant, quod non facile trahendum est ad consequentias.*

9. De hac ipsa patrimoniali Jurisdictione accipiendum, quod vulgo traditur, eam praescriptione finiri & acquiri, quod ita se non habere, jam superius dictum est. Nam ea, quae pendent ab arbitrio summae potestatis, praescriptioni neutiquam subjecta sunt, *l. 6. C. de praescript. 30. vel 40. annor.* & Privatus, qui pro potestate Magistratuve aliquid dolo malo gesserit, in crimen laesae Majestatis incidit, *l. 3. D. ad L. Jul. Majest.* Sed hoc merito quaeras; an saltem ratione officii Magistratus praescribere possint, ut id latius extendatur, sive quod ad partes subjectivas, hoc est territorium; sive quod partes attinet potentiales, id est exercitium muneris sui. Dicendum, respectu civium aliorumque Magistratuum, nihil obstare, quo minus illa praescriptio valeat: Respectu Principis, ne sic quidem praescriptionem habere juris effectum, ob eandem ex *d. l. 6.* rationem, & quod in omni praescriptione requiritur animus proprio nomine agendi, atque possidendi, *l. 2. C. de Praescript. 30. vel 40. annor.* Magistratus autem non aliter quam ut Ministri summae potestatis, suum munus exercent, ejusque rationem reddere debent, in quo proinde nihilo magis praescriptione valent, quam coloni aut inquilini, vel qui precario possident contra suos dominos, vid. Bachov. *ad h. tit. cap. de causa effic.* & ad Treutl. *vol. 1. disp. 3. th. 7. lit. C.* Sutholt. *de jurisd. n. 409. 410.* A. Matth. *disp. de judic. 1. th. ult.* Vinn. *de jurisd. cap. 12. n. 8.* Hahn. *ad Wesenb. h. t. n. 9.* In universum igitur Jurisdictio

ctio finitur, tempore præfinito, morte Magistratus, ejusdem abdicatione legitime facta, & Revocatione Superioris, ubi illa jure speciali non impeditur, ut demonstratum est.

Tit. II.

Quod quisque juris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur.

Edictum I. de Albo corrupto, remissive &c. II. Sententia Edicti hujus Rubricæ. III. Majores Magistratus eo non teneri. IV. Pœna pressius exposita. V. Quo sensu in heredes detur. VI. Quid juris inter debitorem & fidejussorem hac parte. VII. Casus, quo pœna cessat. VIII. An & Procurator teneatur.

SEquuntur Edicta quædam ad tuendam jurisdictionem comparata, quorum primum est de Albo corrupto, quod summatim exposuimus ***ad h. t. Instit. de Action. n. 16. in pr.*** quibus adde, dari actionem cuilibet ex populo, *l. 7. in fin. pr.* mulcta 50. vel potius 500. aureorum actori applicanda, per *l. 12. fin. pr. de V. S.* plures rei in solidum singuli tenentur, ut unius solutio reliquos non liberet, *l. 7. in fin. l. 8. de jurisd.*

Usus hujus actionis transferri posse videtur ad violationes Edictorum publicorum: An etiam ad corruptiones programmatum, quæ actionum & venditionum causa publice adfiguntur? Ita censet Mornac. ***ad d. l. 7.*** Dari actionem in id quod interest, non est alienum; pœnalem popularem dari, non exigit ratio; idque ita censuit Senatus Parisiensis apud Mornacium *d. l.* ratione non spernenda; cum enim programmata illa vix unquam non corrumpantur, finis actionum & certitudo venditionum vix ulla inde foret. Quid est autem, quod est ***in d. l. 7. perpetuæ Jurisdictionis causa?*** Atqui Prætorum edicta, quæ in Albis erant, annua tantum fuere. Sed perpetua dicuntur, respectu singularium, ***prout quæque res incidisset***, ut habet textus. Perpetuum, quod Prætor omni tempore jurisdictionis suæ servaturus erat; adeoque perpetuum est, quod totum annum durat: Etsi verum est, pleraque Edicta Prætorum veteribus ut plurimum fuisse consentanea, quæ de uno edicto in aliud transferuntur; unde ***tralatitia*** jura, Ciceroni, Tranquillo & aliis.

3. Alterum edictum ***hujus tit.*** est adversus eos, qui jus novum, id est iniquum, in alterius fraudem statuerunt vel impetrarunt. Ex jure statuto tenentur Magistratus, ex impetrato litigantes. Magistratus, si decretum habuerit effectum; privatus, si duntaxat impetratum sit, *l. 1. §. 1.* in verbis; cessare Edictum ***putamus; quid enim offuit conatus, cum injuria nullum effectum habuerit?*** Aliter in *d. l. 3. in fin. pr.* Sed etsi ***impetravit, sive usus est jure aliquo, sive impetravit ut uteretur, licet usus non sit, hoc Edicto punitur.*** Ratio differentiæ videtur, quia cum Magistratus tantum statuit novum jus, neque exercet, ea in actu primo subsistit iniquitas: Sed in privato per impetrationem actus secundus est commissus, quia primus fuit petitio; atqui primus actus nihil quam nudus erat conatus, qui est extra Legis pœnam, *l. 18. de Pœn.*

3. Magistratus Majores, quibus Adsessores adjuncti sunt, ipsi, præterquam ex dolo non tenentur, sed imprudentiæ errores, nec minus doli proprii, Adsessoribus imputantur, *l. 2. pr. b. t.* quia plerumque Magistratus illi erant homines nobiles atque potentes, Martis potius quam Artis alumni, Vid. *Nov. 82.* qui proinde novi juris astutias non affectabant. Jus autem novum est jus excogitatum, nec publice receptum, sed in odium vel favorem alicujus commentum: adeoque jus non jus, id est injustum & iniquum.

4. Pœna utriusque est eadem; quod is, qui in hoc edictum incidit, eodem jure, quod statuit aut impetravit, uti debeat, quicunque adversarius id quocunque tempore postulaverit, *l. 3. §. 2. h.* non modo respectu juris, quod pridem habuit, sed & quod postea consequetur, *d. l. 3. §. 6.*

5. Quin & heredi ipsius, actio denegabitur aut exceptio nocebit, *d. l. 3. §. 5.* cum pœnales constitutiones adversus heredes alioqui non extendantur, *l. 33. de O. & A.* Rationem reddit Wesenbec. ***ad h. t. n. 2.*** quod ut impetrationes actionum transeunt in heredem, idem & in denegationibus fiat; quo pertinet, quod Bachovius ***comment. ad τὰ πρῶτα π. l. 3. §. 5. h. t.*** addit, actiones ista denegationis qualitate affici ac ita affectas ad heredem transmitti. Eaque vera est ratio, si tantum heredi negentur actiones, quæ defuncto jam erant acquisitæ: quod si pœna adversus heredem eodem modo datur, quo contra defunctum, qui actiones quocunque tempore acquisitas admittit, *§. 6. d. l. 3.* ita ut heredi quoque interverterentur actiones post mortem defuncti natæ, tum

tum ea ratio non sufficeret: Sed verius est, haud aliis heredem actionibus mulctari, quam quæ jam vivo competebant ei, qui incidit in Edictum. Valeat igitur dicta ratio, heredem magis per consequentiam juris contra defunctum commissi quam per modum pœnæ directæ teneri; confer *l. 14. de Public an.*

6. Si debitor in hoc edictum inciderit, nocet hoc fidejussori, non vicissim debitori nocet factum fidejussoris, *l. 3. §. 3. h.* quia cum debitor principalis conveniri potest, amissis exceptionibus, tenetur & fidejussor: non contra, exceptio quam fidejussor perdidit, debitori negabitur. Quia accessio sequitur quidem naturam & conditionem principalis, non hæc vicissim illius; fidejussor pro debitore, non vicissim pro fidejussore debitor est obligatus.

7. Hoc vero per se fere patet, eum, qui jure iniquo utitur adversus alium, qui ante ipse jure novo fuerat usus, non pati pœnam hujus edicti, ne detur progressus in infinitum, *l. ult. h. t.*

8. Procurator in rem suam, tenetur hoc Edicto, non in rem alienam, sed tutores & Curatores ipsi tenentur, *d. l. 3. §. 1.* Etiam filiusfam. hoc Edictum committit, ut tamen Patri inscio nulla parte noceat, ne quidem nomine filii agenti, *d. l. 3. §. 4.* adeo verum est delicti pœnæque rationem esse mere personalem, nec egredi personam male facientis, prout *alibi latius.* Accedit hujus Edicti æquitas summa, naturali dictamine & Servatoris Christi ὁμοψήφῳ laudati; ne quis sibi putet injuriam fieri, in eo, quo alterum prius affecit. Unde hodieque suum usum habet. Ex gr. Arrestis † contra personas non utimur in Frisia; utimur tamen adversus eos populorum extraneos, qui contra nos utuntur. Sand. *l. 1. t. 17. def. 3.* *

SCHOLIUM.

† *Hoc exemplum ex hoc titulo quidem deduci nequit, sed est exemplum retorsionis, quæ & ipsa vi hujus edicti non competit, sed tamen ratio hujus edicti moribus & autoritate publica eo extensa est, ut valeat etiam tum, cum integra civitas vel provincia peculiari jure utitur, quæ retorsio potissimum in materia successionis usum habet.* vid. Carpz. P. 3. C. 38. def. 1. seqq. Dn. Stryck. de success. ab intest. cap. 2. art. 3. §. 24. seqq. Schilter. ex. 6. th. 27. *ubi & eos refutat, qui exemplum hujus edicti afferunt, si debitor creditori suo, qui adversus suos creditores rescriptum moratorium impetraverat, exceptionem induciarum opponat.*

RESPONSIO.

Hoc quidem ultimum nihil ad rem: Utriusque enim partis eadem ratio esse debet, quæ heic non est; quando unus habet beneficium Principis moratorium, alter non habet. In nostro exemplo par erat ratio: Quod tu facis in alios, in te pati debes. *Et si Edictum supponat cives unius Imperii, imo subjectos eidem jurisdictioni, id nihil impedit, quo minus argumento Rubricæ longius utamur.*

N. ADDIT.

Bene se res habet, quod Autor fateatur, edictum ipsum non posse extendi ad casum retorsionis. Idque non saltem ex eo patet, quod Edictum supponat cives unius Imperii & subjectos ejusdem jurisdictionis, sed quod Edictum coerceat injuriam, l. 1. in f. *& dolum* l. 2. *& jus iniquum,* l. 3. pr. *& quidem in pœnam,* l. 3. *§.* 2. & 5. *quæ omnia non supponuntur in casu retorsionis. Quod vero Dd. extendant rubricam tituli ad casum retorsionis, & quidem longius, ut Autor loquitur in responsione, ideo factum est, ut cum auditores persuadere vellent, usum magnum Juris Justinianei esse in foris Germaniæ, intuitu hujus tituli saltim aliquid haberent, quod dicerent, et si sit parum pertinens. Ex illo enim rubricæ argumento, longius petito, posses etiam deducere, usum hujus tituli esse apud antipodes, & quosvis populos Jus Romanum plane ignorantes.*

* De retorsione Jurium diversorum singularium, vid. præter Autores a Thomasio *in Schol. h. l.* allegatos Schœpfferi *Synops. Jur. Prif. h. t. n. 4. seqq.* Struv. *S. J. C. Ex. 4. th. 80.* Ita Creditor non potest petere, ut debitor carceri includatur, si in loco, in quo creditor habet domicilium, debitores carceri non tradantur, *O. P. S. Tit. 32.* § Und die es alles fell. Berlich. *p. 3. Concl. 51. n. 26.* & Gerada aut Heergewetta non debetur extraneis cognatis agnatisve, apud quos ea successio non obtinet, *P. 3. C. El. 38.* ibique Carpzov. *def. 1.* Pariter in Marchia Creditori Saxon. usuræ ex concursu non præstantur, nisi omnibus sortibus solutis, ob *Ord. Pr. Sax. tit. 50.* § Es ist aber Brunn. *Cent. 3. dec. 86.* Stryck. *Us. Mod. ff. h. l. § 4.* add. Carpzov. *l. 5. Resp. 96. l. 6. Resp. 3.* Cæterum contra eum, qui per quinquennium literas moratorias impetravit, retorsio locum non habet; *a. Dec. El. 30.* cum ad privilegia legitime impetrata Edictum prætoris: Quod quisque juris in alterum &c. non pertineat. Lyncker. *Dec. 434.* Schilt. *Ex 6. th. 27.* Dissent. Carpz. *P. 3. C. E. 36. def. 1. n. 17.* Berlich. *P. 3. Concl. 51. n. 10.* De Albinagii jure adversus subditos Regis Galliæ a Principibus nostris usurpando, vid. Stryck. *Us. Mod. §. 2. p. 9.*

Tit. III.

Si quis jus dicenti non obtemperaverit.

I. Quomodo teneatur, qui jus dicenti non obtemperavit. II. Quis dicatur non obtemperasse. III. Cui detur actio ex hac causa. IV. An & quare hoc Edictum ad Magistratus municipales non pertineat. V. Quid hac de re moribus obtineat hodiernis.

QVi jus dicenti non obtemperavit, id est, qui non fecit quod *ultimum in Jurisdictione est:* is tenetur in id, quanti ea res est; quod hoc loco significat, pœnam arbitrariam, *l. un. §. ult. h. t.* * cum alioquin hæc Phrasis, idem cum eo quod interest, significet, *l. 7. §. 2. Quod fals. tut. auth.*

SCHOLIUM.

Dissent. Wissenb. th. 5. qui ita exponit, quanti res est, quæ abduci debebat: *sed non est, cur ab Autore recedamus.*

2. Quis autem non fecit id, quod extremum est in Jurisdictione? Non consistit hoc extremum in vocando in jus, aut actionem dando, jubendo caveri, mittendo in possessionem, nec quod rem a se vindicari non est passus, aut cuilibet decreto non obtemperavit; Sed qui rem adjudicatam alii sive actor sive reus, duci vel ferri passus non est; qui *se executioni opposuit*, is demum non obtemperasse jus dicenti videtur. Verba textus in *l. 1. §. 1.* hoc modo exaudienda videntur; *veluti, si quis rem mobilem vindicari a se passus non est, sed duci eam, vel ferri passus est;* hactenus bene, non incidit in hoc Edictum adhuc quidem; *ceterum si & sequentia recusarit, tunc non obtemperasse videtur:* quando non passus est rem duci vel ferri, tum incidit in hanc actionem. Apparet autem, vocabulum Jurisdictionis heic latius accipi, pro jus dicentis officio, ut etiam mixtum imperium comprehendat, ad quod media executionis sine dubio pertinent: quæ tamen hic per *extremum Jurisdictionis* significantur; eaque res ad caput de jurisdictione pertinet, ubi & locum observationis invenit.

3. Porro vox Jurisdictionis per excellentiam, arguit, solis Magistratibus Rom. non municipalibus, multo minus pedaneis, licere hujusmodi exercere judicium, *pr. h.* unde tamen non sequitur, Magistratum hic esse actorem, aut ex officio pœnam exigere; sed adversario in adversarium competere hanc actionem, ut ex *§. ult.* perspicue colligitur; neque enim alias quæri potuisset, utrum *id quod interest*, an *mera pœna* hic versetur, deturne & in heredes actio, quod utrumque deciditur in *d. §. ult. h.* Scip. Gentil. 1. *de Jurisd. 8. conf. l. pen. §. 1. Ne quis eum, qui in jus & c. l. 12. de in jus voc.* Dissent. D. Schot. *in exam. h.* Populare quoque judicium esse non videtur, cum quia non exprimitur, ut in *l. 7. de jurisd.* & alias semper, tum quod res inter privatos agitur. Dissentientes refellit D. Wissenbach. quos inter tamen non est Cujacius *in loco ibi notato.*

4. Cæterum, quia Magistratus ex officio quoque ejusmodi in contumaciam animadvertere possit, non est dubitandum, remediis ad eam rem ordinatis, pignorum capione, mulcta, missione in possessionem, manu militari, carcere, modica coërcitione; quibus Prætoriam jurisdictionem armatam esse, *superius* intellectum est. Jam olim ita cautum fuit Romæ, teste Dionysio *lib. X.* cujus verba sunt hæc: Οἱ ὕπατοι, ἐπὶ τῆς λοχίτιδος ἐκκλησίας νόμον ἐκύρωσαν, ἵνα ταῖς ἀρχαῖς πάσαις ἐξῇ τὰς ἀκοσμοῦντας ἢ παρανομοῦντας εἰς τὴν ἑαυτῶν ἐξουσίαν, ζημιοῦν. Consules, *ait*, centuriatis comitiis pertulerunt Legem, ut omnibus Magistratibus, insolentes & immorigeros adversus suam potestatem, mulctare liceret. Quid autem hoc est, quod habetur in *pr. l. un. h. t. Omnibus Magistratibus, non tamen Duumviris, secundum jus potestatis suæ, concessum est, jurisdictionem suam defendere pœnali judicio?* An igitur municipales Magistratus, qui sunt Duumviri, non possunt refractarios jurisdictionis suæ, & opponentes sese executioni, coërcere atque mulctare? quomodo igitur munus suum tueri potuerint? Sunt qui pro *tamen* legunt *tantum.* Sed rectius Florentiæ legitur *tamen:* Nam vox tantum supponeret, duumviris id authentice, reliquis Magistratibus, qui *potestatem* habent,

* Jure Saxon. Electorali cum adversus debitorem omnes actus executivi, ut executio, immissio, & taxatio facti sunt, is contumaciæ suæ quasi pœnam solvit, das Hülffgeld; ita ut præstet ex singulis 100. thaleris, vel florenis summæ executionis, quatenus ea ex pretio prædii subhastati, quod licitator obtulit, redigitur, quinque regulariter quidem judici, cujus autoritate executio fit Mandat. *El. d. 4. 1643. d. 1. Aug* Carpzov. *Dec. 276. n. 1.* conf. de mulctæ hujus, des Hülffgeldes, & honorarii s. sportularum, derer Hülffgebühren, differentia, Menck. *ad O. P. S. 1. 39. §. 54.*

per consequentiam esse concessum, quod absurdum. Præter quod *Potestas*, de qua textus, de majoribus solummodo Magistratibus usurpatur. Mornacius hoc jus ideo Magistratibus municipiorum negat esse concessum, *quia non habuerunt Imperium*, *nec adeo mulctæ jus dicendæ*, ex sententia Ant. Augustini *l. 3. emend. c. 6. in fin.* At vero mulctam dicere posse Magistratus municipiorum, eosque mixtum habere Imperium, diximus *ad tit. præced.* Dic potius; hanc coërcitionem excedere mixti imperii terminos; hoc dare jus ad modos executionis ordinarios. Sed cum huic resistitur, hunc majorem esse modum, cujus animadversio ad Præsidem pertineat, ad quem deferri potuit querela; nec enim in municipiis impune fuit, executioni resistere.

5. Sed cum hæc res ad Reipubl. constitutionem, cujus alia nunc est ratio, ut multis in locis *Magistratus municipales habeant merum imperium*, pertineat, non est mirum, hodie Magistratus quoque municipales Jurisdictionem suam pœnali efficacia tueri posse; præcipue quidem ex officio, deinde etiam victori in id quod interest potius, quam in pœnam; quæ magis ad officium pertineat. Et hactenus habent rationem Autumnus & Grœnewegius *ad h. t.* non æque in eo, quod dicunt, *hanc actionem cessare, quod eorum, qui jus dicenti non obtemperant, contumacia litis damno coërceri soleat, per l. 53. ff. de Re judic.* hæc enim contumaciæ pœna eadem est hodie, quæ fuit olim, atque diversi generis; nam ista contumacia pertinet ad initium & progressum jurisdictionis, quando reus Legitimis edictis citatus non sistit se judicio; hic agitur de eo, qui non fecit, *quod extremum est in jurisdictione*; quando qui fuit in judicio, condemnatus est, resistit executioni. Etsi autem hodiernis Magistratibus non est neganda potestas cogendi, atque mulctandi cives suos jurisdictioni suæ resistere eamve contemnere ausos, id tamen cum triplici accipiendum est limitatione: I. Salvum esse civibus appellationis remedium ad Curiam Supremam: etsi enim vulgo putent, non debere civibus Imperio reluctantibus esse provocandi copiam, ratio tamen id minime patitur, meminique exceptionem Magistratuum Snecanorum meo tempore fuisse rejectam, qui civem suum quendam in tali causa mulctaverant. II. Non posse tamen Magistratus municipales tanquam injuria affectos, ex officio condemnare civem, qui illos in exercenda jurisdictione, vel exequenda sententia, injuriose habuerit, sed tum causæ cognitione opus esse; cumque ipsi non possint esse judices in tali causa, rem ad Superiorem esse deferendam. Sic etiam memini, cum Magistratus Franckerani condemnassent mulierem civem suam, quod dixerat, eos perperam administrasse jurisdictionem, ut singulis Magistratibus in capita certam solveret mulctam; in Curia mulierem fuisse admissam ad Querelam, post tempus appellationis interponendæ elapsum, tanquam e causa Nullitatis. III. Si majore motu sit opus, ob civium potentiam aut multitudinem, non est dubium, quin ejus administratio municipiorum quoque Magistratibus non permittenda, sed ad superiores sit referenda.

TIT. IV.

De in Jus vocando.

I. Continuatio, & remissio ad partem I. Quando mutatus sit mos rapiendi in jus invitos. II. Qui vocari nequeant in totum, qui certo modo. III. An semper in jus vocatio necessaria. IV. De citationis differentia ab in jus vocatione. V. VI. VII. VIII. IX. Divisio citationis in ordinariam & extraordinariam, variæque earum species exposita. X. De citatione Requisitoria. XI. Effectus requisitæ Citationis. XII. Divisio in Generalem & Specialem. XIII. Quædam aliæ divisiones obiter. XIV. De personis citationem petentibus, accipientibus, & XV. Jubentibus. XVI. De tempore citationis. XVII. De effectu in Jus vocationis.

(a) POst Jurisdictionem, & Edicta pro ejus vigore exposita, sequitur exercitium ejus ad usum judiciorum. In quem finem primus est actus in Jus Vocatio, de qua fuse dictum *in Prælect. ad tit. Inst. de pœnis temere litig.* ubi quid sit in jus vocare, tum veteri more in jus rapiendi invitos; quinam vocari prohibeantur cum absolute, tum certo modo: satis copiose dictum est. Placet hic addi, quando mos, quo privatus vocabat privatum, sit mutatus. Et quidem ante Constantinopolitanos Principes nusquam occurrit mentio vocationis per executorem faciendæ, de qua cum alibi, tum agitur *in l. 3. & 7. pr. C. de præscript. 30. vel 40. ann. l. 3. C. de ann. except. Nov. 53. c. 3. N. 97. c. 3. N. 69. c. 1. N. 112. c. 2.* Unde nihil superest, quam ut dicamus, mutatione sedis Imperia-

(a) *Pos. 1. seq.*

Imperialis hunc quoque morem esse mutatum. Hotom. *5. antiqu. Rom. c. 5.* A. Matth. *disp. 6. de Jud. th. 5.* Qui jam tempore Pauli & Ulpiani mutationem hanc factam fuisse volunt, adducunt *l. 2. Si quis in jus vocat. non ierit. & l. 5. de Jud.* ex quibus tamen nihil colligi potest, quam videri tum auctoritate Prætoris in jus vocationem esse factam, quia Prætor in contemptum suum interpretatur, si quis vocatus non veniat; unde sequatur, ejus nomine jussuque in jus vocationem factam videri. Sed ego existimo, in jus vocationem a Privatis factam, & ex L. XII. exercitam, habuisse publicam autoritatem, & eum, qui vocantem ad tribunal sequi nollet, cum Prætor ea gratia sederet, hujus potestatem contempsisse videri. Dissent. Don. *23. com. 2.* Addemus & hoc; In jus vocationem diximus esse principium Judicii late accepti; nam stricte sumpti initium esse in Jus vocationem, alii negant. At probando sufficiunt verba priora *d. §. ult. Omnium actionum instituendarum principium est ab in jus vocando;* ubi actiones instituuntur, ibi sane est judicium, *pr. de Action.* Proprie alioqui Jus est, quilibet locus, in quo Prætor, vel alii, qui jurisdictioni præsunt, salva majestate Imperii sui, salvoque more majorum, jus reddunt, ut habetur in *l. pen. de Just. & jur. l. 2. Si quis in Jus voc. non ier.* Huic opponitur *judicium*, quod a lite contestata apud Judicem Pedaneum exercebatur, *l. 15. v. Rem rat. hab.* Unde in jus vocatus cavebat judicio sisti, *l. 2. Si quis caut. in jus sist. caus. f. non obtemp.*

2. Inter eos, (b) qui penitus vocari nequeunt, enumerati sunt illic, Magistratus majores, qui funus prosequuntur, qui uxorem ducunt, qui in Jure stant, qui propter loci religionem inde se movere non possunt; qui equo publico in causa publica transvehuntur, de quibus singulis *ibi* dictum, quod satis sit. Omissi sunt, Judex, dum cognoscit; privatus, dum in jure vel certo loco sistere se debet, *l. 2. in fin. & l. 4. in pr. h.* Infantes & furiosi, *d. l. 4. pr.* pro quibus Tutores & Curatores citantur: at si his careant, citandi, quorum officium est, petere Curatores, ut aliquem petant, aut judex Curatores ad litem constituet, *l. 1. & l. 2. §. 3. Qui pet. tut.* Puberes, cum suis curatoribus citantur, quibus si careant, additur citationi, ut legitime compareant, hoc est, ut sibi petant Curatores; si petere nolint, dabitur etiam invitis Curator, *§. 2. Inst. de Curat.* Denique, nemo de domo sua regulariter in jus vocari potest, *l. 18. & l. 21. h. t.* Prima de Magistratibus, & ultima de domo prohibitio forum hodie non tenent, quia in utrisque cessat ratio juris Romani; Magistratus majores olim non habebant tribunal superius, ad quod citari possent; hodie secus est, quia non singulæ personæ, sed universa collegia habent jurisdictionem, & singula membra Collegio subjecta sunt. *Ita fit omni die.* Zypæ. *not. jur. Belg. h. t. vers. Magistratus.* Mornacius *ad l. 2. 3. 4. h. t.* Grœneweg. *ad l. 2. h. t.*

(b) *Pos. 4. 5. 6. 7. 8.* (c) *Pos. 1.*

SCHOLIUM.

Alii hanc rationem reddunt, quod olim Magistratus fuerint Temporarii, hodie plerumque perpetui. Sed tamen quin hodie etiam Magistratus temporarii in jus vocari queant, nullum est dubium. Schilter. Ex. 7. th. 8. Conf. Wissenb. hic th. 8.

Citationes ad domum ubique gentium receptæ sunt; nec puto recentiori jure civili illicitas fuisse, cum mos ille trahendi invitos ad tribunal, sublatus esset; nam eo spectat ratio, quæ redditur in *d. l. 18.* quia domus tutissimum cuique refugium sit, & in *fin. d. l. 21. de domo sua nemo extrahi debet.* Quo minus reliquæ prohibitiones hodieque teneant, nulla causa videtur, nisi placeat temperamentum sequens.

SCHOLIUM.

De reliquis vero tenendum, quod quidem ejusmodi personæ citari hodie impune possint, sed non comparentes legitimo impedimento tuti sint, &c. Schilter. d. th. 8. Conf. Wissenbach. hic th. 8.

3. (c) Est equidem in jus vocatio prima atque necessaria pars judicii, quamlibet levissimi & summarii, aut politici, in quo alioqui ordo judicialis non servetur. In Senatu Academiæ cujusdam in Belgis Generali, suspensus erat Collega non citatus, quasi notoria causa; Kal. Maj. anno 1677. judicatum a Superioribus, id esse factum contra jus, ordinem publicum, atque Statuta. Nam etsi causa certa & nota, ubi tamen de præjudicio alicujus agitur, citari illum oportet, ut audiatur; quod non male quidem exemplo Dei citantis Adamum & Evam in Paradiso, demonstratur, ut tamen non eadem ubique solemnitas in forma citandi requiratur. Nec tamen adeo præcise necessaria est Citatio, quin aut expressa aut tacita conventione possit remitti, veluti, si quis adversarium in jure inventum, apud eum qui tribu-

nali præest, convenerit, & conventus ultro responderit litemque contestatus sit; A. Matth. *Disp. 6. de Jud. pag. 34.* Si respondere nolit, judicium minime procedet; verum quo minus in continenti citatio insinuari possit, nihil vetat, si Lege præscriptum non sit tempus, quo in jus vocatio judicium præcedere debeat, ut jure novo civili est spatium XX. dierum, *ex Auth. offerat. C. de lit. cont.* atque ex nostris Statutis octiduum, *lib. 3. tit. 9. art. 4.* Scilicet in caussis, quæ in publico Curiæ Auditorio ventilantur; *Rotulam* vocant; non quæ apud Commissarios Curiæ, vel in Dicasteriis inferioribus instituuntur, qua de re mox agetur. Potest etiam fieri, ut in jus vocatione opus non sit, quando partes jam sunt in judicio propter causam, unde & alia Actio resultat, ut exemplum est in usu legis *diffamari.* Dixit Cajus, sibi jus competere in prædium Titii. Hic vocat illum, ex *L. diffamari*, ut actionem suam instituat, vel perpetuum sileat. Cajus profitetur, se acturum, & offert libellum. Titius eum admittere cogitur, & fit reus absque nova citatione: Idem est, si Cajus recipiat, intra proximum *terminum* se actionem moturum. Imo etsi opposuerit se primum intentioni ex *L. diffamari*, tamen si antequam pergat, offerat libellum actionis, Cajus eum accipere cogitur, quando hac causa citatio ex *L. diffamari.* videtur impetrata, ut memini judicatum in Curia nostra *d. XXVI. Martii 1680. inter Epum Wielinga & A. D.* Per Reconventionem fieri quoque Reum, & constitui actionem absque citatione, satis manifestum est.

4. (d) Diversa ab in jus vocatione erat *Citatio* absentium, quæ fiebat post litem contestatam, vel etiam ante, postquam litigantes in jus venerant, actione jam edita, satisdationibus aliisque judicii præambulis jam peractis, quæ tradit D. A. Matth. *d. tractat. disputat. 7.* usque *ad th. 43.*

SCHOLIUM.

Differt præterea ratione objecti. In jus vocatur reus, Citantur actor, testes &c. Schilter. d. th. 6.

Hæc citatio fiebat voce præconis, *l. 7. de in integr. restitut.* vel potius Legitimis Edictis, *l. 68. & seqq. de jud. Nov. 112. cap. 3.* Ordo eorum est, ut si ad primum Edictum non veniat reus, post denos dies alterum, & post totidem tertium proponatur; si nec tum adsit, peremptorium impetratur, quod adversarium non patitur diutius tergiversari, & quo minatur judex, se absente reo, in causa processurum, *d. l. ll.* Potest etiam Prætor vel Judex, post duo vel unum Edictum dilatorium concedere peremptorium, quod vocatur unum pro omnibus, prout causæ temporis, aut personarum ratio exigat, *l. 72. de judic. l. 1. & 2. de Fer.* Quo usque autem procedatur adversus eum, qui citatus non stitit sese, *infra* videbimus.

5. (e) Jure novo differentiæ illæ Vocationis in jus & Citationis sublatæ sunt; verum quia discrimen Judicis, & ejus qui Jurisdictioni præest, cessat, quia modus in jus vocandi nunc idem est, qui citandi, neque vox, quæ exprimit evocationem ex *loco*, abludit; non est a ratione juris alienum, quod ab Interpretibus communiter, & usu fori, ipsa in jus Vocatio appellatur Citatio, tametsi quæ primo fit, proprie maneat & dicatur adhuc in jus Vocatio. Primam illam Citationem dividunt in Ordinariam & Extraordinariam. Ordinaria est vel simplex, vel libellata. Simplex, quæ fit sine editione causæ; Et hæc rursus aliter fit in judiciis inferioribus, aliter in superioribus. In illis, solo jussu judicis per nuntium publicum, ad requisitionem Autoris, sine libello, quem apud nos Judices inferiores exigere prohibentur, *3. Stat. tit. 2. act. 25.* eumque citandi morem in dicasteriis inferioribus, usitatum esse in Hollandia, testatur Grœneweg. *ad l. 6. h. t.* & de Germania pluribus Bokelm. *ad h. t. th. 7. in pr.* In superioribus Curiis etiam Citationes simplices, quando partes inde ab initio apud *Commissarios*, ut vocant, Curiæ actionem instituerunt. Hi citationem quidem per Edictum emittunt, sed absque narratione causæ. *Libellatam* vocant citationem, quæ continet narrationem causæ, de qua Reus citatur; *

* In Saxonia tenor libelli, aut Copia ejus, Citationi regulariter inseri debet, *fac. Ordin. Proc. Sax. Tit. 4. verb.* und damit der Citatus jedesmahl, worzu er eigentlich vorgeladen 2c. *j. R. l. d. An. 1654. §. 34.* ne actori objiciatur exceptio non communicati libelli, & sic mora liti injiciatur, *c. 2. X. d. dilat.* Coler. *Decis. Germ. 110. num. 4.* Carpzov. *P. 1 C. El. 2. def. 31.* ex justa tamen causa omittere quandoque licet in citatione commemorationem causæ, e. g. cum metuendum sit, ne reus ad negandum se præparet, aut fugam arripiat comperto negotio; Ceu in cambiali causa resp. *Fac. Jur. Lips. M. Jul. 704.* Menck. *ad O. P. S. t. 4. §. 7.* conf. Carpz. *Proc. tit. 7. art. 2. n. 24. seqq.* Richter. *Vol. 2. Cons. 197. n. 4. seq.*

(d) *Pos. 9. 10. 11.* (e) *Pos. 12. & seqq.*

eaque

eaque *narratio* ex libello ſupplice, quo petit Actor citationem, a ſcribis excerpitur, ut habeat Reus, quo deliberet. Ex hac differentia pendet deciſio quæſtionis, de qua non conveniunt DD. quos vide apud Zutfanium *tit. de Citatione act. 2.* an citatus ex certa cauſa, reſpondere teneatur ad aliam. In ſimplici citatione, per quam cauſa non ſpecialiter expoſita fuit, videtur teneri; in libellata non tenetur, quoniam in illa narratio certæ cauſæ comprehenſa fuit, ut reus haberet deliberandi arbitrium: quod non habuit in cauſa cruda. Hinc etiam patet reſponſio ad hanc Quæſtionem: An in jus vocatus ſtatim teneatur ad litem conteſtandum, vel excipiendum; an petere poſſit dilationem & amplius deliberandi ſpatium? In ſimplici poteſt petere, in libellata non poteſt, *ratione manifeſta*, nec aliter uſus fert.

6. (f) Ordo igitur & quaſi hiſtoria citationis ordinariæ in foro, breviter ſic eſt: Actor libellum ſupplicem offert Judici, in quo cauſam exponit & petit citationem in Curiis majoribus; in dicaſteriis inferioribus ſine libello ſupplice. Nuncii ad inſtantiam actoris citant partes, etiam inconſulto Judice, vel conſenſu ejus obiter impetrato. Ex libello actoris judici oblato, ſcribæ conficiunt citationem, * ut cauſa petendi quoque inſeratur, idque hodie eſt vice libelli, quem juxta citationem jure civili actor reo offerre debet, *Auth. offeratur. C. de lit. conteſt.* ſervit inquam ea res loco antiquæ Editionis ex Edicto Prætoris. Formula Citationis fere hæc eſt: Nomen Judicis præmittitur, qui verba dirigit ad Reum citatum, cujus nomen & cognomen addit; Tum nomen ejus, qui citationem petit; deinde cauſam; locum judicii; poſtremo diem, ſive terminum, quo litteræ ſe debeat, ** quod hodie pro ratione locorum arbitrarium eſt. Videndum autem, ut tollatur ambiguitas circa diem termini, an computetur in termino; ne ſimpliciter numerus dierum, aut hebdomadum, vel menſium ponatur, ſed dies certus, quatenus fieri poteſt, quo ſe reus judicio ſiſtat, præfigatur, *ut fit*. Quod ſi judex ſit delegatus, is commiſſionis ſuæ, quam vocant, tenorem, inſeret citationi; &, ſi, ut plerumque fit, mandatum ſit ei, primo id agere, ut partes in concordiam adducat, non addit cauſam citationis, utpote quæ apud ipſum coram, antequam ad litigandum veniant, proponetur.

* Secundum *Reſol. Grav. de Ann. 1653. 57. tit.* von Juſtitien-Sachen. *Grav. 17. & Mand.* Jo. Georg. III. *Dippoldisw. d. An. 1691.* §. *1.* actuarii non debebant citationes ante emittere, ‡ quam ab actore præſtita Gvaranda, & cautione pro Reconventione atque expenſis, nec non exhibita legitimatione, quod hodie quandoque negligitur, reſervata reo poteſtate, exceptione dilatoria cautionum præſtandarum neglectum &c. urgendi.

‡ Quid noviſſimi Juris Judiciarii, ſit collige ex his quæ ex *O. P. S. E. I. & E.* ſupra *p. 435. & 436.* attulimus.

** Jure Saxonico Electorali, ‡‡ quoties reus citatur ad ſententiam præcluſivam ferendam, v. g ut documenta habeantur pro editis recognitis; rei pro confeſſis & convictis; lites pro affirmative conteſtatis, aut, cum exceptiones, probationes, demonſtrationes, vel documenta præcludi intenditur; item ad ferendam ſententiam comminatoriam perpetui ſilentii, citatio debet continere terminum Saxonicum, id eſt ſex ſeptimanas & tres dies. *Ord. Pr. Sax. Tit. 4. pr. verb.* auch darneben einen rechten *legalen Terminum, it. Tit. 10.* §. Im Fall aber. *3. Reſ. Grav. d. An. 1661. tit.* von *Juſtitien*-Sachen. *Grav. 10. Appellations-Patent d. Ann. 1670.* §. Anlangende. Carpzov *P. 1. C. 2. def. 22. & in Pr. tit. 7. art. 2. n. 39. ſeqq.* non computato die inſinuationis & Termini; Id. *l. c. n. 50. ſq. & add. C. def. 23* Menck *ad Ord. Proc. tit. 4.* §. *8.* Quando autem non facta eſt comminatoria, declaratoria, aut condemnatoria in expenſas, ſpatium 3. ſeptimanarum ſufficit, *d. Appell. Pat.* §. Anlangende. Imo ad ferendas ſententias præparationem haud deſiderantes, e. g. in termino publicationis ſententiæ aut decreti inrotulationis actorum, &c. aut ubi proceſſus accelerandus eſt, e. g. in cauſa cambiali, &c. ne quidem tres hebdom. exiguntur. Menck. *d. l.* §. *9.*

‡‡ Et quidem noviſſimo cautum eſt, ut prima ſtatim citatio ſub præjudicio, & prout cauſa & circumſtantiæ admittent, ſub pœna confeſſi & convicti, recogniti, præcluſi &c. fiat, ſpatium habitura Saxonicum dierum XLV. diebus inſinuationis & termini non computatis, quale ſpatium durante etiam lite in omnibus citationibus ſive comminationem contineant, ſive fatale habeant pediſſequum, eſt indulgendum. Primo termino officio Judicis, aut ad partis alterutrius petitionem circumducto, in iterata citatione termino Saxonico opus non eſt, uti etiam ſpatium termini primi in cauſis ad Politiam opificiaque ſpectantibus, aliisque minoris momenti, & quæ moram non ferunt, coarctare pro arbitrio, Judici eſt permiſſum. *O. P. S. E. I. & E. Tit. V.* §. *1.*

(f) *Poſ. 27. & ſeqq.*

7. Con-

7. Concepta citatio, per viatorem sive nuncium publicum Reo ipsi, vel si haberi nequeat, ejus domesticis insinuatur, aut foribus affigitur, *arg. l. 4. §. 5. de Damn. infect. c. causam. X. de dol. & contum.* * deque sua expeditione viator relationem scribit, quæ actis adjungitur plenamque fidem meretur, *l. 9. §. 13. de reb. cor. qui. l. 5. C. de exact. tribut.* ut tamen probatio contraria non excludatur, *arg. §. 11. Institut. de Inutil. stipul.*

8. Hæc de Ordinaria citatione. Sequitur Extraordinaria, quæ variis modis intelligitur, 1. Ratione insinuationum. 2. Ratione sistendi. 3. Ratione expediendi. I. Ratione modi, Ordinaria fit, ut dictum, voce viatoris, ipsi reo, vel domum ejus insinuata, aut alter per edictum, quod viator reo ipsi prælegit & tradit, aut ad domum ejus deponit; vel nemine reperto, valvis affigit, nec enim rei ipsius præsentia vel scientia requiritur ad valorem citationis; quoniam hoc requisitum judicia nimis remoraretur. *Christinæ. ad LL. Mechlin. tit. 13. act. 7. n. 3.* Extraordinaria fit per Edictum solenniter publicatum affixione, ** tympanis, tubis, machinisve campanis,

* Apud nos citatio fieri debet ‡ per nuncium juratum, *Ordin. Proc. Sax. tit. IV. Verb.* Durch gewisse dem Gerichte be pflichtete Bothen. aut in subsidium, absente vel ægrotante nuncio, per Notarium, Carpzov. *Proc. tit. 7. art. 1. n. 77.* aut etiam per privatum, qui factum insinuationis sacramento confirmet, Carpzov. *d. l.* ipsi regulariter principali ad domum habitationis, *Mand. Elector. Dippoldisw. d. Ann. 1691.* §. 6. sique plures sint litis consortes, singuli sunt citandi; alias non comparentes pro contumacibus haberi nequeunt, *d. Tit. 4. Ord. Pr. Sax. §. 1.* ubi §. Beyde. continetur exceptio in casu quo reus in pluribus territoriis possessionatus est, ac, ipso post litem motam defuncto, divisis inter heredes feudis, unus tantum feudum in territorio, ubi lis pendet, possidet, tunc enim singuli in genere citantur, & citatio possessori feudi insinuatur, qui eam reliquis cohæredibus transmittere tenetur. Menck. *d. l. §. 10.*

‡ Secundum novissimum Jus per nuncios juratos, & ruri, per personas judiciales, ipsi citando, vel domi ejus, aut in taberna conjugi, parentibus, liberis adultis, aut famulis, qui a citando victum & mercedem accipiunt, quorum omnium nomina, in nuncii relatione de insinuatione facta apud acta sunt annotanda. Non sunt insinuandæ citationes Colonis & Inquilinis, aut aliis extraneis ignotisque hominibus, potius si antea memoratarum personarum nulla est copia, aut eædem citationem accipere detrectant, hæc foribus ædium cœnaculorumve est clavis affigenda. Si quis certo domicilio non utitur, aut peregre abest, citandus est in prædio, quod familiarium quis ejus nomine possidet & administrat. Si plures heredes sunt, hereditario fundo nondum diviso; in hoc sive feudali, sive allodiali, citatio insinuanda ex heredibus illi, qui in fundo versatur, qui sub 5. thalerorum mulcta tenetur coheredes suos quantocyus de citatione edocere, & qui hoc a se factum sit, apud acta ostendere. Pupilli, minores, mente capti, furiosi, prodigi, absentes, & similes personæ si citandi sunt, insinuatio facienda Parentibus, tutoribus, curatoribus, & quidem si plures in solidum constituti, omnibus atque singulis. Si Senatus citandus est, in Curia, aut Consuli Regenti, aut Syndico Grammateove; si Civium Ordo, Tribunis, den Vierthelsmeistern oder Ausschuß-Personen; si Tribus & Collegium opificum, Senioribus, den Ober- oder Vor-Meistern; si Rusticorum Universitas, Judicibus, dem Richter oder Heimbürgen, literæ tradendæ sunt, non horum omnium atque singulorum familiaribus & domesticis; Rustici jure Universitatis non gaudentes, Hüfner, Caßaten, Handfröhner, per tenorem durch einen Umlauff, comparere jubentur. *O. P. S. E. I. & F. Tit. IV. §. 2.* Hæc de prima citatione; in sequentibus Terminis, plurium litis consortium, ut & absentium citatio Procuratori, quem citationum accipiendarum causa constituent, &, ut constituant, in prima citatione jubebuntur, aut si hoc factum non erit, Advocato, Procuratori, Actori, quo in primo termino usi sunt, & eorum, quorum in §. 2. facta est mentio, domesticis rite insinuari poterit. *d. Tit. §. 3.* Judex citationem rite insinuari curet, & qui hoc factum sit, diligenter in actis annotet; si in hac re, aut in spatio primi termini assignando aliquid peccabitur, judex jactura sportularum, & restitutione expensarum extrajudicialium mulctabitur; sumtus quoque in sententiam interlocutoriam & nuncios factos suos faciet, nisi errorem termino denuo constituto aut prorogato tempestive emendaverit. *d. Tit. IV. §. 4.*

** Hujusmodi citationem Jus Saxonicum requirit in concursu creditorum, ob copiam citandorum, *Ref. Grav. d. Anno 1661. tit.* Justiz-Sachen. *gr. 10.* item in processu desertionis contra conjugem instituto, si privata citatio locum habere nequeat, quo casu desertor vel desertrix, citatur in tribus diversis territoriis, in dreyer Herren Landen. vid. Berger. *Elect. Proc. Matrimon. §. 50.* Item cum is qui citatur, est vagabundus, conf. Blum. *Proc. Cam. t. 28. n. 24.*

quas

quas vocant, idque fit, quando Reus, in quem jurisdictio fundata est, non habet domicilium, aut non reperitur in territorio jus dicentis, & causa atrocior est, maxime criminalis, ut, inquam, apparatus ejusmodi instrumentalis adhibeatur: Nam in civilibus simplici promulgatione in finibus territorii, & secuta adfixione, res peragitur. Habet autem locum hæc citatio extraordinaria, cum Reus in diversa Republ., non, si in diversa ejusdem Reip. jurisdictione versetur, quo casu sufficit requisitio, de qua *inferius*.

9. II. Ratione sistendi fit extraordinaria Citatio, quando quis ita vocatur, ut ipse in *propria persona* veniat seque sistat, quod plerumque fit in causis criminalibus, quoties delictum non est tam grave, neque tam liquidum, ut Judex Reum putet comprehendendum, tunc ipse venire debet, nec procuratore mittendo defungi potest; quod in ordinariis promiscue fieri potest, & solet ubique gentium, & bene convenit *cum Tit. D. & C. de Procurat. & defensor.* Etiam id licere, quando Judex aliquem in civili causa, *in persona* ut veniat, citari jussit, tradunt ex Jasone *in l. pecuniariis. n. 5. C. de Procurat.* Quod minime probandum de his, quæ extra ordinem in id concipiuntur, ut vocatus ipse compareat, seu literis obsignatis, sive apertis, ut frequenter usu venit; si ordinariæ citationes ita concipiantur, vera est Jasonis sententia.

10. III. Extra ordinem fit Citatio, ratione *expeditionis*, quando ab eo, ad quem vocatus est reus, citatio non potest fieri; propterea, quod ejus jurisdictioni non sit subjectus: tum Magistratus loci, in quo Reus agit, *requiritur*, ut ipse Reum citare velit, quo se Judici, ad quem vocatur, & cui alioqui non est subjectus, sistat: quæ vocatur *Requisitoria* Citatio. * Ut intelligatur, quando hæc requisitoria locum habeat, præsumi hic oporteret causas, in quibus aliquis Forum alibi, quam in loco domicilii, sortitur, de quibus ad *tit. de Judiciis* agetur. Hic tamen breviter sunt collocandi casus præcipui, quibus Judex requiri potest, ut civem suum ad aliud tribunal citet, & quibus rogatus non habet causam negandi. I. Casus est, si quis in rem actione conveniatur illic, ubi res sita est, cum alibi degat; idemque juris est in Arresto reali, de quo *inferius* agetur. II. Casus, quando quis convenitur in loco contractus alibi quam degit, si bona illic sita, & alibi domicilium habeat. III. Quando quis est particeps causæ inchoatæ ac in judicatum deductæ, quæ nequeat separari, ut est judicium familiæ erciscundæ vel communi dividundo. IV. Quando quis certo in loco citatus & litem contestatus deinceps abesse cœpit; hic si ob incidentes causas denuo citandus sit, requisitione opus est. Sunt quibus valde sedet, ex ratione Juris, *submissionem*, id est prorogationem jurisdictionis, de persona ad personam, qua quis promittit, se jurisdictioni alterius judicis pariturum, esse causam requisitoriæ citationis justam: Sed hoc præcedenti titulo *de Jurisd. n. 10.* secus demonstratum est; aliterque citationem vi submissionis non posse fieri, quam si Reus, qui prorogavit, in territorio judicis, cui se submisit, reperiatur. Dicunt, ad hoc, ut in jus vocem eum, qui in jurisdictione nostra deprehensus est, nihil opus esse submissione, quæ facta fuerit, cum hoc per Arrestum obtineri possit; quod concedimus, illic, ubi Arresta in usu sunt; sed juri Romano & praxi locorum, qui hac parte jure scripto utuntur, hæc objectio non quadrat. Locus contractus etiam non sufficit ad hanc citationem promerendam; sed expectanda similiter deprehendendi rei occasio, ut infra *ad tit. de Judic.* intelligemus.

11. Effectus requisitionis ad citandum alius, est inter diversa ejusdem Reipubl. Tribunalia, & alius inter diversas Respublicas sibi mutuo non subjectas. In eadem Republ. tenentur omnes & singuli Magistratus requisiti, citandos curare tales

* Item mediata, vel subsidiaria, de qua vid. *Mand. Dippoldisw. §. 6.* nec non *Ref. Grab. d. Ann. 1661. tit.* von Consistorial-Sachen. *grab. 11.* quæ scil. fit alterius judicis subsidio, ita quidem, ut simul citato injungatur, quo procuratorem in loco judicii mandato speciali instructum constituat. Atque hæ citationes mediatæ plerumque apertæ, non obsignatæ transmitti solent, ut videat requisitus judex, requirentis jurisdictionem esse fundatam. Subsidiaria hac in jus vocatione utuntur apud nos, etiam Consistoria, sine mentione tamen verborum: *in subsidium* quoties citandi subsunt jurisdictioni Nobilis vel Civitatis, *d. gr. 11.* Carpzov. *Jur. Conf. l. 3. def. 19.* nam qui sub præfectorum jurisdictione constituti sunt, immediate citantur a Consistoriis, vid. *Rescr. Reg. & Elect. d. An. 1703. d. 9. Febr.* apud Berger. *Elect. Proc. Matrim. §. 14.* conf. Brunnem. *Jur. Eccl. l. 3. c. 2. §. 11.* qui, extra Electoratum Saxoniæ, Consistoriis regulariter jus immediatæ citationis sine discrimine vindicat, cum vice Principis jurisdictionem exerceant ...n quam sententiam resp. *Fac. Jur. Lips. Mens. Januar. An. 1703.* Menck. *d. l. §. 2.*

suæ Reip. incolas aut cives, qui ex causis in jure communi cognitis, ad alienam jurisdictionem, certarum causarum respectu, pertinent: Aut si id negligunt, vel recusent, potest Superior rogari, ut is inferiorem magistratum compellat, quo citationem requisitam permittat in suum subjectum fieri: Vel forte posset reus, immediate ad Supremam Curiam vocari, tanquam ex causa negatæ justitiæ, de qua ad *tit. de jud. & foro comp.* similiter agetur. Sed in defectu hac parte, ita non minus excessu nimiaque facilitate, peccatur a magistratibus, qui juris imperiti citationes requisitas, causa nimia cognita, promiscue concedunt, ut in more positum est inutili nostratibus Urbium & Agrorum magistratibus. Longe rectius consulunt in Hollandia, ubi Magistratus requisitas citationes non permittunt, nisi Reis auditis, & si de causa fori mutandi sibi non liqueat, negant requisitionem: Nam cum e diversa Republica fit requisitio ad judices alieni Imperii, jam deficit effectus compellendi judices requisitos. Ideoque ad evitandas precariæ citationis molestias, satius est EDICTO uti; sæpe enim plures literæ commutantur, antequam citatio impetretur; ut expertus memini, quando a Commissario Curiæ, citationes Requisitoriæ ad Magistratus Hollandicarum urbium implorarentur; quos tamen non reprehendo; nec enim decet esse faciles magistratus in permittendis suorum civium evocationibus. Sed diversæ Provinciæ Actores, non coguntur eam viam requirendi citationes insistere, verum possunt Reos, adversus quos citationis causa, rationibus, quas *supra* exposuimus, fundata est, curare citandos *per Edictum;* Quod proinde non potest ex causa submissionis, aut celebrati contractus institui; verum ex iis tantum, propter quas *requisitoriam* recte peti, & concedendam esse, docuimus. Si fiat ex causis non justis, atque Actor adversus reum velut contumacem procedat, sententiamque, ut *hodie* potest, obtineat; executio a magistratu requisito jure negabitur, ut negatam esse temere petitam, habeo compertum. Causa bene comparata, moris est, ut apparitor Curiæ apud fines Provinciæ citationem peragat, eamque idoneo loco adfigat; simul per literas certiorem faciat Reum citationis in diem certam factæ. Cujus rei cum relationem Apparitor deposuit, nihil ad effectum citationis Edictalis amplius desideratur: neque tum causa datur Judici requisito negandi executionem. Sed quia tamen hæc res ab arbitrio Judicis diversæ provinciæ pendet, plerumque non male consulitur, ubi causa citationis requisitoriæ, aut Edictalis, extat & exercetur, ut Judex Edictum edens habeat in sua potestate bona, in quibus & ex quibus materiam executionis consequi potest.

12. (g) Ordinaria citatio, rursus dividitur in Dilatoriam & Peremptoriam; duæ priores sunt dilatoriæ, tertia peremptoria; fere sicut est in *l. 68. & seqq. de Judic.* in qua lege quod de citationibus post litem contestatam traditur, id mores hodierni ad primam citationem, hoc est ipsam in jus vocationem, transtulerunt, nisi quod ut plurimum duæ sint dilatoriæ, cum *d. l. 68.* tres dilatoriæ plerumque peremptoriam præcedant, quanquam & scio, ubi tres dilatoriæ præmittuntur. Peremptoriæ in iis locis, ubi priores citationes viva voce fiunt, fere in *scriptis* emittuntur, ut nostris Statutis expressum *l. 3. tit. 2. art. 29.* Jure civili in reum contumacem, qui se nunquam stitit, non fertur sententia, sed tantum, si post litem contestatam fuerit contumax, *Nov. 69. c. 3.* de quo casu agitur *in d. l. 68. & seqq.* ubi & Edictum, sive, ut nunc loquimur, instantia circumducitur, si actor post litem contestatam abfuerit. Hoc hodie in nostris foris statim quoque a prima citatione fit; ut si actor ipse non sistat se, tum reus petat, instantiam circumduci, actorque omnia redordiri debet, impensis reo solutis. Gudel. *l. 4. de jur. noviss. c. 6. in fin.* Reo non veniente ad primam citationem, quid jure civili & moribus obtineat, videbimus ad *tit. sequentem.*

13. Dividitur etiam a pragmaticis citatio in generalem & specialem. Generalis aut judicii, aut rerum, aut personarum ratione dici potest. Respectu *Judicii*, quando una citatione Reus ad omnes judicii partes & actus vocatur, quæ in magnis Imperiis usum habet frequentiorem, ut de Camera Spirensi testatur D. Bokel. *ad h. t. n. 10.* apud nos inusitata est. Ex causa *Rerum*, si quis ex causa administrationis multarum rerum, Mandati, aut Societatis omnium bonorum, similiumque vocetur, utique si res cohæreant: Nam si quis alium vocet in jus ob diversas v. c. injurias, non specialiter expressas, vel ob diversa debita nullis speciebus nominatis, sine dubio nulla erit Citatio; quia reo non præstat deliberandi facultatem, quæ debetur *ex Auth. Offerat. C. de lit. contest.* quanquam hodie, si quis ad Commissarium Curiæ vocetur, ejusmodi citationes generales ad-

(g) *Pos. 11. & seqq.*

mittun-

mittuntur, quia, ut *supra* dictum, illic, post audientiam primam, civile spatium deliberandi non potest negari. Ratione *Personarum* dicuntur Citationes generales, quando vocantur omnes alicujus causæ consortes, vel omnes, quorum interest & qui sua interesse putant, ut quando citantur heredes alicujus defuncti, vel membra Collegii, aut incolæ alicujus loci, non expressis singulorum nominibus, (si quidem ut corpus unum vocentur, magis est ut non sit generalis vocatio.) Quando autem ejusmodi generales citationes ita expediuntur, ut singulis innotescant, non videtur esse causa illas improbandi effectuque destituendi: quando singulis, inquam, heredibus, aut consortibus, omnibusve pariter insinuantur, voce, vel si major & diffusa multitudo sit, publico signo dato; quemadmodum nuper Creditores urbis Doccumanæ, cum civitas de bonis universitatis solvendo non esset, omnes ac singulos cives, ut de suis patrimoniis solverent, in jus vocaturi, per sonitum æris publici, Campanam dicimus, omnes municipes in templum citaverunt, ibique citationem prælegerunt. Quando autem per generalem citationem non omnes, ad quos ea res pertinet, certiores fiunt, non videtur hæc ignorantibus præjudicare. Velut, si quis heres ex beneficio Inventarii impetret citationem per Edictum, adversus omnes Creditores, non poterit obesse causam ignorantiæ habentibus; sed horum respectu heres pro puro herede habebitur; utique si creditores certi sint, aut sciri queant; Incertos per Edictum vocandos esse, res loquitur, Sand. *l. 4. tit. 12. def. 5.* Gail. *1. obs. 57. n. 6. & seqq.* sed an cum hoc effectu, ut non venientibus, etiam ignorantibus, perpetuum silentium imponatur? ita fieri posse tradit Gail. *d. loco.* Sed hoc ut jus Romanum, ita nostram quoque praxin, ignorare puto: Sunt præscriptiones Legitimæ, quibus Actiones excluduntur, quas eo modo adversus ignorantes præcipitari, non habet rationem. Huc pertinent citationes generales per Edictum, quibus venditores immobilium rerum utuntur adversus omnes, qui jus in ea re sibi arrogent, ut intra certum tempus actionem instituant, vel perpetuum sileant, quas multis locis receptas esse, legimus apud Scacham *de judic. lib. 1. c. 34. n. 23.* non tamen præjudicare possessoribus, nec iis, qui facile cognosci poterant, probat in decisionibus Brabantinis Petrus Stockmans *decis. 115. & seqq.* Sed has quoque citationes jure civili nostroque Foro, non æque apud vicinos, ignotas opinor esse: Ratione jam dicta, quia non nisi Legis auctoritate cuiquam, sine delicto, jus suum interverti potest.

14. Feruntur & aliæ divisiones, in scriptam & non scriptam, de quibus ex his, quæ superius dicta sunt, repeti potest, quod ad intellectum sufficiat. Lege potest fieri, ut omnes citationes sint peremptoriæ, quemadmodum Statutis nostris, de Citationibus Supremæ Curiæ constitutum est, *lib. 3. Statut. tit. 11. art. 4.* Divisio in Verbalem & Realem citationem, Doctoribus usitata, (h) non est accurata, quatenus per Realem intelligunt prehensionem & Arrestum personale. In Jus vocationem realem non esse, manifestum est: quia in criminalibus occupat eam & absorbet Prehensio, in Civilibus Arrestum personale, quod vocant, semper cum in jus vocatione conjunctum esse debet, ideoque ipsa in jus vocatio esse non potest, ut *inferius* demonstrabitur. Hæ autem omnes divisiones, de prima citatione, id est de in jus vocatione, sunt accipiendæ: a quibus diversæ sunt, ut imitentur tamen illas, quæ postea fiunt ad incidentes litis partes, Citationes, ut cum partes se mutuo vocant ad interrogationes probatorias, examina testium, audiendam sententiam, readsumptionem quam vocant & similia, de quibus alibi, quod dicendum erit, occurret.

15. (i) Fiere partitiones, quibus pleraque hujus tituli notabilia complexi sumus. De personis citationem petentibus, accipientibus, & jubentibus, multa dicere necesse non est. Petere potest citationem, (nam ad petitionem partium conceditur, *l. 68. & seqq. de Jud.* nisi extra ordinem magistratus ex officio aliquem vocet, ut fit *l. 13. in pr. de off. Præs.*) quicunque habet personam standi in judicio, *l. 1. & 2. C. Qui legit. person.* de quibus *ad tit. de Judiciis* agendum. Citari possunt, qui non prohibentur, & qui prohibeantur, id dictum superius; quibus addendi omnes, qui non habent legitimam personam standi in judicio, de quibus *infra.* Quisque ita citandus, ut in judicio stare potest ac solet; si Reus est minor, * ut cum suo Curatore vocetur; si dubitet actor, an sit, alternative, *ut, si minor sit, legitime compareat*, ac ita fit omni die. Si pupillus

* Hoc casu citatio ejus patri, tutori, vel curatori insinuanda est, Jure Civili, *l. 1. §. 2. ff. d. admin. & peric. tut.* & Saxon. *d. Mand. Elect. d. An. 1691.* §. Dieweil auch. *6.*

(h) *Pos. 39.* (i) *Pos. 32. 35.*

infans, ipse Tutor vocandus est in *sua qualitate;* major septennio pupillus vocatur cum Tutore, qui vel ipse potest judicium suscipere, vel pupillum exhibere, ut ei præstet auctoritatem, quod sæpe fit, ut Tutor vel Curator hoc malit fieri, quam suum solius nomen præferri, *l. 1. §. 2. de Administr. Tut.* Igitur ex juris ratione Reos minores, & pupillos infantia majores, ipsos citari oportet, ut cum Tutoribus, vel hi soli veniant; Debetur enim ipsis electio; ipsi per se vocari non possunt; etsi aliter fit vulgo in foro nostro, ut in ipsos pro sua qualitate citatio dirigatur. Idem juris & moris est in maritis respectu uxorum, & qui præterea Curam aliorum habent.

16. Cum citatio sit primus actus Jurisdictionis, concedi potest ab omnibus, qui habent jurisdictionem, sive judex ordinarius, sive mandatarius, vel delegatus sit, & hic non pro suo, sed pro ejus, imperio agit, cujus mandatu jus dicit, *l. 3. de off. ej. cui mand. C. Sane quia nos. XI. X. de off. deleg.* Id omni die usum habet in Commissariis, qui a collegio Judicum delegantur, inde ab initio, vel post litem contestatam, ut causam cognoscant & in statum judicandi deducant, aliquando & sententiam ferant, ut fit in judiciis quibusdam summariis. Delegatus tenorem mandati sui, literis citationis inserere debet, *arg. d. l. 3. & cap. 11.* nam si de mandato non constet, parere nemo cogitur, *c. cum in jure X. d. t. de off. deleg.* ubi id extat, etiam partes multa dicta aliisve mediis prætoriis cogi possunt, etsi mandato id non sit expressum; *cap. præterea 5. eod. tit.*

17. De modo faciendi citationes, intelligi potest ex iis, quæ in partitionibus dicta sunt; Tempore etiam fieri non debent prohibito, quale feriatum est divini instituti, *l. 3. ult. C. de Fer.* De humanis feriis nulla prohibitio est, & fiunt omni die. Sed in tempus feriatum facta citatio, seu divinæ sive humanæ sint feriæ, nullius momenti est, *l. 1. in pr. & §. 1. ff. de Fer.* Quod alii volunt, in diem feriatum factam citationem, tenere in proximam judicialem diem, juris auctoritate caret; nam textus, qui profertur ex *l. 2. §. pen. C. de Tempor. appell.* non agit de citatione, vel de termino a judice præfixo, sed de generali cessione fatalium appellandi, quæ nihil cum in jus vocatione habent commune. Id equidem concedere licet, si exiguum sit discrimen, ut errorem calculi vel scriptoris esse appareat, recte facturum, qui citatus est, ut se die sequenti judiciali sistat. Quo tempore diei, non est præscriptum; nisi interdiu potius quam noctu, ut tamen post solis occasum factam citationem esse nullam, vix adfirmare liceat, si tempestas adhuc rebus agendis idonea fuerit.

18. Hoc inter omnes constat, si quid in modo citationis peccatum ejusmodi fuerit, quod inferat nullitatem, id tamen auferri & emendari, si Reus sponte venerit, ut probatur *ex l. 1. §. 1. de Fer.* Ex quo loco tamen non probatur, quod Doctores allegati a Zutfenio *prax. Belg. tit. de Citat.* tradunt, etsi Reus venerit allegaturus exceptionem vitiosæ citationis, eum nihilominus ad litigandum teneri. Nam in *d. l. 1. §. 1.* est, valere sententiam, *si sponte litigaverint.* Non abhorret tamen illa sententia a vero, si tempore comparitionis illud impedimentum non durct obstare processui litis. Velut, citatus est aliquis die feriato divino, quæ nulla erat; venit die judiciali; non potest excipere de vitiosa citatione. Memini in Curia suprema rejectam esse exceptionem mulieris nuptæ, quæ citata erat absque marito, & tamen in jus venerat cum viro, *ante ferias natalitias anno 1682.* Ratio liquet ex eo, quod citatio instituitur, ut Reus præsens sit in Judicio; quod ubi factum, si tunc nihil habeat, quo se judicio subducat, obnoxius est jurisdictioni: Quod si duret impedimentum, exceptio datur non a citatione, sed e vitio processus.

19. (k) Reliquum est, ut effectus in jus vocationis exponamus. Ex his præcipui sunt, I. quod rem faciat litigiosam, *Auth. litigiosa. C. de Litig.* de cujus rei usu locus est *alibi;* facit enim initium controversiæ, & judicii late sumpti, ut dictum *supra ex §. ult. I. de pœnis tem. litig. & l. 7. de Quer. inoff.* II. Exceptionem tamen litis pendentis inde nasci, Curia non censuit nostra, idque defendit Sandius *l. 1. 7. 1.* quod & a nobis collocatum ita in *posit. 37.* ad quod ita D. Thomasius.

SCHOLIUM.

Si nimirum reo impensas priores litis restituat actor, aut restituere paratus sit, Sand. d. l. *Ergo si impensas non restituat, omnino litis pendentiam opponet reus, & ita intelligo* Strauch. XXIV. 4. Conf. notata ibid. p. 341.

Responsionis loco erunt sequentia. Si quid valet lex *ult. C. de in jus voc.* dicendum esset fortiter, litem intelligi pendentem statim ab in jus vocatione, nec posse Reum post eam, aut libelli oblationem, ad aliud tribunal citari, licet actor

(k) *Pos. 37.*

expensa

expensa refundere velit. Sic enim in *d. l. ult. in fine* scriptum est: *Qui semel in jus vocavit, si post admonitionem eum ad alium judicem ob easdem causas vocaverit, & eum indemnem præstet, causa cadat, et si justam habuit actionem.* Sed est Græca Constitutio ex Basilicis desumpta, quæ non erat in Codice, cum primum Justiniani disciplina in orbe Christiano recepta est: ideoque non habet Legis vim in Judiciis. Proinde si textus aut ratio juris id aliunde non inferat, vix est ut *d. l. ult.* sufficiat in contrarium. Profertur *l. 30. de Judiciis: Ubi acceptum est semel judicium, ibi & finem accipere debet.* Sed his verbis, *acceptum judicium*, intelligi statum litis contestatæ, non est dubium, *l. 7. in pr. de aqua & aqua pluv. Is, cum quo agitur, cogitur accipere judicium.* Item *l. 27. ff. ad Sc. Trebell.* ubi: *Familiæ erciscundæ judicium inter eum, qui restituit hereditatem, & qui receperit, accipietur.* Ita *suscipere judicium in l. 2. §. pen. de Tut. & rat. distrahend.* Per litem contestatam fit novatio, fit quasi-contractus, & obligantur inter se partes; antea nihil quam ab actoris parte institutum est. Ideoque si reus indemnis præstetur, nullum videtur esse vinculum, quo Actorem habeat obstrictum, ut vocatus ad alium judicem, de lite alibi pendente excipere possit, eoque pertinent, quæ Gailius habet *in lib. 1. obs. cap. 7.* & exemplum Sandii judicatum *loco laudato.* Idque sæpe memini factum, ut, qui ex submissione duplicive foro, Curiæ supremæ simulque Judici inferiori subjectus erat, primo ad hunc vocatus, antequam respondisset ac ita litem contestatus esset, ad Curiam citaretur, oblatis expensis; quo facto nunquam dubitatum est, de exceptione litis pendentis rejicienda.

N. ADDIT.

Ergo, cum in hac paululum prolixiore responsione tandem Autor conveniat in eo, quod in Scholio erat positum, iterum non intelligo, quomodo Discursus hic responsionis loco esse possit ad Scholium nostrum, nisi forte responsionis voce tam late uti voluerit Autor, ut etiam declarationem Scholiorum & illustrationem sub ea comprehendat. Cæterum cum quæstio sit de usu practico assertionis, ad processum & ordinem judiciarium pertinentis, hic non tam erit respiciendum ad sensum juris Justinianei circa quæstionem præsentem, quam ad Jus canonicum. In hoc vero disertis verbis asseritur, quod terminus litis pendentiæ debeat incipere a citationis insinuatione. Clem. ult. ut lite pend.

Tamen inter effecta in jus vocationis bene refertur. III. Quod dat præventionem judici, ‡ ad quem aliquis primo vocatus est: unde tamen non datur exceptio Reo, nam hæc a litis pendentia non discreparet: sed inter judices valet, quando reus diversis jurisdictionibus est subjectus, inter quos sæpe conflictus oriuntur, & in re communi melior est occupantis conditio, *cap. proposuisti. X. de for. comp.* Gail. *1. obs. c. 29. n. 5.*

IV. Effectus est, quod in jus vocatio perpetuat jurisdictionem, hoc sensu, ut si quis post in jus vocationem, ob privilegium, matrimonium, domicilii mutationem, aliamve causam, cœperit alii foro subjectus esse, non possit hoc privilegio vel sua præscriptione se tueri, *l. 7. de Jud. l. pen. de jurisd.* Et est hoc etiam genus quoddam præventionis, ut ait *d. l. 7.* Nec opus est, ut de tali privilegio fori accipiamus *l. 12. Si quis caution. jud. sist.* qua de re Wissenb. *ad h. tit. th. 7.* Hæc autem observatio non modo ad privilegium superveniens, sed etiam amissum, pertinere potest. Exemplum: Scabinus quidam Snecanus ad Curiam vocatus erat, cui prima instantia, dignitate Scabinatus erat subjectus, ad III. Kal. Octobris 1681. Causa in judicium deducta est die XVII. Januarii sequentis anni, Kalendis deposuerat Scabinatum, & redactus erat ad jus ordinarii fori. Opponebat igitur declinatoriam, sed frustra, quia præventus erat per in jus vocationem, *in causa D. S. contra C. R. H. 16. Febr. 1682.*

V. Effectus est, quod impediat ac interrumpat præscriptiones, ‡‡ *l. 3. C. de Præscr. 30. ann.* ubi: *subsecuta per executorem conventio. In l. 7. eod. in pr. per solam conventionem &c.* Idem de præscriptione longi temporis, in *l. 1. & 2. C. de præscript. long. temp.* Usucapiones enim & præscriptiones, nituntur derelictione vel negligentia domini præsumpta, quæ per in jus vocationem directe refutatur.

Denique VI. effectus est, quod in jus vocati mox ire, aut satis vel cautum dare cogantur, qua de re in titulis sequentibus agetur; ubi primo nonnihil de Arresto, quod nusquam melius, quam hoc loco referri potest collocaverimus.

‡ Citatio ad libellum, qui inde ut obscurus & ineptus rejicitur, emissa, interrumpendæ præscriptionis habet effectum, non præventionis & litispendentiæ, quod ad citationem a Judice incompetente factam est extendendum. *O. J. s. F. I. & B. Tit. V. §. 4.*

‡‡ Vide, quæ nota proxime ante diximus.

De Arrestis, & primo de Personali.

I. Significatio & etymologia Arresti. II. Quid Jure civili de Arresto Personali colligi possit. III. An & aliquid de Reali. IV. Quid Moribus de utroque receptum, excepta Frisia, cujus observatio refertur. V. Quid sit Arrestum, quotuplex & quo jure nitatur. VI. Qui & quos arrestare possint, ubi de Legatis, Studiosis, mortuis. VII. De causis Arresti personalis.

QUanquam *Arresti* vox & institutum, ut hodie usurpatur, jure Romano sit incognitum, non licet tamen nobis rem tota Europa usitatissimam omittere in *hoc loco*, si quidem adeo res hæc in jus vocationi affinis est, ut sub ejus divisione verbalis & Realis citationis a multis comprehendatur. De verbo, quod Celticum est, tenendum primo, cum vario sensu accipiatur, eminere duas significationes, quarum prima *Arrestum* significat judicatum, a quo non datur provocatio; quomodo supremæ Curiæ dicuntur judicare per *Arrestum*. Altera, cum notat impedimentum juris, auctoritate publica injectum *de non movenda* persona vel re ex eo loco, in quo consistit, qui sensus heic usu venit. Etymologiam nonnulli (vide Calvinum in *Lexico*) petunt e Græco *ἄῤῥαιστον, quod rescindi nequit*; alii ab *ἄρεστον, placitum*, quod Budæus dixit, eoque referunt clausulam Galliæ Regibus in Edictis usitatam; *Car tel est nostre plaisir*; *Hoc enim est placitum nostrum:* quod veteres Galli non pro arbitrio, jussu libitúque, ut vox Celtica, *plaisir*, indicare videtur, sed pro legitimo deliberatoque decreto acceperunt, ut *ἄρεστον* Græcis, rem pleno consilio decretam significat. Τὸ *ἄῤῥαιστον* ad rem, Τὸ *ἄρεστον* ad verbum melius sonat; quatenus de priore sensu vocis, qui non est hujus loci, quæritur. Sed mihi verius videtur, *Arrestum* esse Gallicæ originis vocem, e Latino corruptam. *Rester* significat Gallis *remanere*, a Latino *resistere*; hinc veteres Galli fecerunt *adrester, pro facere ut remaneat; Arrester quelqun, aliquem sistere*; & Arrestum *jus sistendi*, ut & vulgo appellatur. Tu vide sis, an hinc etiam altera significatio non sit orta, ut *Arrestum* notet decretum *immotum*, quod ubi consistit, ita manebit. Sententia Curiæ Supremæ, causam *adrestat*, id est, in *statum* ponit quo *manere* debet, ita ut amplius *moveri non* possit. Si hæc minus ab re videntur, quam Gallicæ vocis originem arcessere e Græcia, transeamus ad rem ipsam.

2. Primo, quid ejus in Jure nostro extet, dispiciamus. Id satis constat, debitorem fugientem posse detineri, imo & nummos ei posse auferri, fortean etiam sine judicis autoritate, si res non ferat moram ejus opem implorandi, *l. 10. §. 16. de his, quæ in fraud. Cred.* Quod si non satis habeat nummorum, unde satisfiat Creditori, justissima causa est, eum detinendi aut cogendi, ut in locum idoneum veniat ibique custodiatur, publica tamen custodia, privatis carceribus omnino prohibitis, nisi quatenus præcipiti occasione Magistratus copia haberi non potest, *ut ad pr. de Judiciis* videbimus. Potest autem, si debitum sit liquidum, detineri tantisper, dum solvat, aut ex justa causa satisfaciat, pignore vel sponsore dato. Nam quod Pragmatici volunt, eum non esse relaxandum, nisi solverit quod debet, abrupte, ut refert & probat Sandius noster *in lib. 1. tit. 17. def. 2.* non videtur admittendum indistincte. Nam etsi quis condemnatus sit ad solvendum, hunc tamen ex magna causa, sponsore dato, dimittendum esse, traditur in *l. 4. §. 3. de Re Jud.* Verum est, debitorem non posse pignus liberare, nisi per solutionem, *l. 10. de Pignor. & l. 6. §. 1. Quib. mod. pign. vel hypoth. solv.* Sed hoc ipsum argumento est, solutionem, si pignus detur, haud semper esse urgendam; maxime per detentionem & custodiam, quæ in causis civilibus ultra necessitatem minime producenda videtur, præsertim cum fidejussor statim conveniri & ad solvendum cogi possit. Cæterum, quando debitum non est liquidum, cavere debet reus fugiens aut fugæ suspectus, & judicio sisti, & judicatum solvi. Si nulla fugæ suspicio, nec vagabundus sit, sola cautione judicio sisti defungi poterit, ut tradit e Peckio & aliis, Sandius *d. decis.* Quod in Hollandia ac alibi viciniæ non servant, ut omnes peregrini utramque satisdationem præstare cogantur. Denique, sumptus & alimenta debitoris arrestati, Creditor quidem erogare, verum si de fuga sit retractus, vel justa ac evidens sit causa metuendi fugam, debitor ad illos sumptus reddendos tenetur, ut tradit in *loco prædicto* Sandius.

3. Hæc ita ex ratione juris Civilis non incommode deducuntur, quod attinet ad Arrestum *Personale* dictum. Si debitor ipse fuga evaserit, & Creditor res ejus deprehenderit; non potest esse dubium, quin idem in res, quod in personas liceat,

ceat, permittendum sit, ut detineantur & publice custodiantur; forte nec hoc dubium est, Creditorem impetrare posse jussionem Magistratus adversus eos, qui res fugitivi detinent, ne ipsi restituant; cujusmodi aliquid Fisco etiam conceditur adversus debitorem debitoris sui, quem, si aliter suum servare nequeat, convenire potest, *l. 3. §. 8. de jur. Fisc. l. 4. C. Quand. Fisc. vel priv. debit.* eidemque in tempore denuntiare, ne debitori suo solvat, antequam sibi satisfactum sit, *l. ult. ff. de Lege Commiss.* Privatus idem jus habet respectu debitoris condemnati, si nihil aliud e bonis ejus supersit, ut tum ad debitores condemnati transire possit, *l. 2. d. tit. Cod.* proinde tunc etiam testato denuntiari posse debitoribus istis, ne condemnato solvant, recte statuitur, *arg. d. l. ult.* Adde *l. 2. pr. D. de L. Rhod.*

4. Sed moribus hodiernis Arresti usus longe ab illo diversus, & quem merito Romanis incognitum fuisse dicas, invaluit. Receptum enim est, ut Creditores possint sistere & detinere suos debitores peregrinos vel advenas, in patria sua inventos, quamvis nulla subsit necessitas nullumque fugæ periculum, ob solam commoditatem illos in foro suo conveniendi & ad solutionem, sine molestia sequendi lites in debitoris foro, compellendi. Quod adversus personas, hoc etiam in res & jura debitorum usurpatur a Creditoribus ubique fere gentium; ut si rescifcant, debitores suos alibi degentes habere aliquas res aut jura, vel pecunias debitas in alieno territorio, possint judicis imperio res, aut jura, vel pecunias illas arrestare cum hoc effectu, ne restituantur, aut solvantur debitori, priusquam sibi satisfactum sit; & debitor ad Judicem, cujus imperio factum est Arrestum, e sua sede venire cogetur. Hæc Romanis legibus incognita exorbitatio est, ideoque in Frisia nostra, juris Civilis tenacissima, non habet juris auctoritatem, nisi quod studium protegendi suos cives Curiam nostram subegit, ut adversus exteros, quorum Magistratus ejusmodi arresta contra Frisios exercent, per modum *Retorsionis* eadem permitterent, ut Sandius *d. loco* narrat, & a nobis in *fin. tit. Quod quisque jur. in alter.* est significatum; quare factum, ut cum exteri fere omnes illis utantur, apud nos etiam paulo minus quam generaliter usu recepta sint; adversus exteros, inquam, non inter diversæ jurisdictionis homines in ipsa Patria, quibus id nullo modo permissum intelligitur; etsi Leovardienses id in suorum civium utilitatem, facto magis quam jure, soliti sint exercere. Cui instituto & supra dictis consentaneum est, reliquas civitates & Tribunalia; contra Leovardienses eodem jure, contra illorum cives apud se deprehensos uti posse, si velint.

5. Quid autem sit Arrestum, tempus est ut finiamus. Dicamus ita; quod *sit detentio personæ, aut rerum debitoris, facta per Creditorem, autoritate Magistratus, cum in jus vocatione conjuncta.* Est autem aliud Arrestum, ut jam indicavimus, Personarum, aliud Rerum. Personale vel fit per prehensionem, vel denuntiationem. Prius, cum debitor aliquo loco deprehensus custodiæ committitur; posterius fit per denuntiationem publica autoritate factam, ne discedat. Utraque fit cum in jus vocatione; nec prehensio, ut in delictis fit, habetur hic loco Citationis, sed ob fugæ periculum adhibetur custodia. Unde liquet, Arrestum, proprie loquendo, distinctum esse a Citatione Reali, quæ dicitur. Si quis roget, quo jure cives alieni fortuito apud nos reperti, sine causa Fori prævia, per vim ad forum apud nos eligendum cogantur, quod antiquis populis ignotum fuerit, nihil proferri posse videtur, quam Philosophiæ Hobbesianæ principium, quod in statu naturali, quo liberi populi censentur, quisque tantum juris habeat, quantum vult ac potest, & quod unusquisque jus secundum utilitatem suam, cujus & ipse Judex sit, metiatur; nam si ad æquitatis universæ comparationem, populi respicere vellent, nihil prævertendum erat huic Regulæ justissimæ; *Actor sequitur Forum Rei.* Cæterum, prehensione custodiaque fit Arrestum, quando Reus non habet in loco prehensionis bona, reique momentum ferre potest sumptus custodiæ. Si bona sint in potestate Judicis *commendantis*, (hac voce utuntur) sola denuntiatio cum Citatione sufficit. Imo si res non ferat sumptus majores, sola commendatio insinuatur; & si Reus ea spreta discedat, judicium procedit, ac absens condemnatur, nec gravantur Judices proprii debitorum, qui ex Arresto se proripuerunt, requisiti sententias exequi, postquam mutua indulgentia Jus Arresti in mores gentium pridem cessit.

6. Qui, & quos *arrestare*, queant, e doctrina citationis, quam exposuimus, intelligi potest. Servit enim *Arrestum* huic fini, ut per Citationem forum stabiliatur & res judicetur; non ideo, ut homines aut res detineantur. Ideoque si quis Arrestum adversus aliquem instituerit absque citatione,

tione, id ipso jure nullum est in continenti, ac etsi cauta justissima, statim rejiciendum est, ut facto a Curia nostra rescriptum esse memini ad libellum *N. Blanckhardi ab Hulst, die XIV. Decembr. 1680.* sive petitio tendat ad prehensionem, sive ad jussionem non discedendi, sine *qualificatione* debita, ut loquuntur. Hinc omnes, qui citationem facere possunt, etiam *arrestandi* jus habent, etiam Procuratores absque speciali mandato; cum hoc sit medium tendens ad illum finem: utique si per solam fiat jussionem magistratus; Nam ad prehensionem, quæ est actus toto genere diversus, fieri potest, ut speciali opus sit mandato, maxime si majore sumtu sit opus, & si persona sit talis, quam verisimile non est, mandante fuisse prehensurum; quales qui sine venia non possunt in jus vocari, de quibus actum est *supra*; locum heic rursus habente juris antiqui ratione, de non prehendendis personis, quibus reverentia debetur, *l. 12. & 13. De in jus voc.* DE LEGATIS sæpe dubitatum est, an Arresto subjecti sint. Et quidem jure Civili definitum est, legatos habere jus revocandi domum, nec posse alibi deprehensos in jus vocari, proinde nec *arrestari*, ob negotia pridem & ante legationem contracta, secus ob res antea gestas, *l. 2. §. 3. & 4. de Judic.* Sed hoc de Legatis Municipiorum, qui Romam, ad caput Imperii mittebantur, nostris Legibus adfirmatur. De Legatis Summarum Potestatum, varie est nostro tempore disceptatum & observatum. Prævaluit tandem sententia Grotii, quam is habet in *lib. 2. de J. B. & P. c. 18. n. 9.* Legatos Principum & Populorum, pignoris causa, vel ad solutionem debiti, nullo modo capi posse, *ne quidem in loco contractus;* nec per judiciorum ordinem, nec, ut quidam volunt, *manu Regia*, id est jussu ejus, qui summam in quaque Reipubl. potestatem habet. In quam sententiam Edictum ab Ordinibus Belgarum Generalibus promulgatum est, paulo ante novissimum orbis Christiani conventum, qui celebratus est *Neomagi.* STUDIOSIS datum est Privilegium, ne quis propter debitum *alterius Provinciæ, damnum aut injuriam illis inferat, Auth. Habita. C. Ne fil. pro Patre.* De causis igitur & debitis in loco studiorum contractis, ut citare, sic etiam fugæ suspectos arrestare licet. Recte tamen privilegiati in hoc *capite* dicuntur, quatenus Fori mutationem per Arrestum nullo modo subire coguntur. Denique vivos homines, non MORTUOS, *arrestare* fas est, ne cadavera maneant insepulta, quod merito summæ religioni habetur, *Nov. 60. c. 1. & Nov. 116. c. 5.* Hactenus autem religio tenet, ne sepultura impediatur. Quo minus autem, si cognati alio cadavera transferre, monumentisque avitis inferre velint, id Arresto impediatur, nihil obstare videtur, neque non fit aliquando. Pertinet ad hunc articulum, quod nec heredes quidem, aut a ii, in quorum custodia cadaver est, *ex persona defuncti* ulla molestia, ne quidem *cautionis* ergo affici possunt, intra novem dies ab obitu numerandos, quibus justa parentur & mœsti penates componantur; *Auth. Sed neque. Cod. de Sepulchr. viol.* Quod tamen non impedit, quo minus res defuncti interea *custodiantur*, ut fit hodie, sigillis publicis per domum cistis, capsis, aut conclavibus impositis, aliquando etiam custodibus appositis: Nam quod in *d. Auth. de cautione inutili* habetur, non ad cautionem custodiæ, sed obligationis instrumenta, similiaque Acta, quæ *Cautiones* vocantur, referendum est.

7. De causis, propter quas Arresta fieri possunt, vix aliquid opus erit addere dictis, quibus super universis debitis, & de omnibus, propter quæ *Citatio* potest fieri, *Arrestum* exerceri posse, demonstravimus. Ergo etiam testimonii dicendi, copiam instrumenta dandi, relationem faciendi ratione officii, similiumque rerum causa, decerni possunt: intereestque etiam hoc, quod ex causa debitorum, si quis fidejussorem invenire nequeat, jurejurando defungi possit, utique judicio sistendi causa, ut infra ad *tit. Qui satisd. cog.* videbimus; verum qui arrestatur ob ejusmodi actus, quos habet in mera facultate sua, non dimittitur, nisi quod ab eo jure postulatur, actu præstiterit, aut se non teneri contendat, quo casu reum in judicium venire necesse foret.

DE ARRESTO REALI.

I. Arrestum reale, de quibuslibet rebus mobilibus, nonnullis exceptis, dari. II. Modus hujus arresti per denuntiationem, cum Citatione, Intimatione & Confirmatione judiciali. III. Ratio & modus Intimationis. IV. Sine intimatione hoc Arrestum esse nullum, etiam respectu personæ denuntiatæ. V. Confirmatio & effectus Arresti. VI. Oppositione neglecta non præcidi defensionem principalem. VII. Vitia quædam Arresti, & casus cessantes.

Se-

Sequitur Arrestum Reale, distans a personali in eo, quod absenti Reo, cujus res est, debeat *intimari*, id est, Reus certior fieri debet Arresti, quo res ejus sunt præclusæ; quod in personali supervacuum esse, res loquitur: Sed & pluribus differunt, quæ ordine videbimus; quando hæc species multo frequentioris & civilioris usus est, quam prior.

Arrestum igitur, quod *Reale* dicitur, sicut ab omni Europa,* sic in ipsa quoque *Frisia* receptum est, etsi quod Jure Civili hac de re nonnulli cautum existumant, parum ad id, quod moribus obtinet, attinere, *superius* demonstratum est. Locum habet in omnibus, quæ loco moveri possunt, bonis, seu propriis, sive alienis. Propriæ res Arresto præcluduntur, quando ab alio possidentur, seu bona seu mala fide, si metus sit, ne cum præjudicio nostro transferantur. Sed plerumque res alienas arrestamus, sive pecuniam sive alia quævis mobilia; videlicet quæ debitoribus nostris debentur, aut etiam pignus, quod debitor meus alii obligavit, hoc effectu, ut si creditori solvam vel caveam, is debitori rem pignoratam restituere ne possit, ut tradit Sandius *l. 17. 1.* Sunt tamen res exceptæ, quarum major est necessitas, quam ut Arrestis impediri debeant: Tales sunt pecuniæ in alimenta vel ad usum sepulturæ destinatæ, & ipsa cadavera, quæ detineri non posse, quo minus terræ mandentur, jam diximus & videbimus ad *tit. ff. de Relig. & Sumpt. fun.* Placet etiam ex ratione Juris Civilis, instrumenta agriculturæ non posse agricolis auferri, *l. 7. & 8.* junct. Auth. Agricult. *C. Qu. res pign.* add. *l. 32. D. de Pign.* Quod summa ratione placuit, ne agrorum cultura, quæ maxime ad Remp. pertinet, deseratur, quam rem ut his temporibus servari non videmus, ita fructus quoque acerbitatis in exequendis rebus creditis exercitæ, per quam tot familiæ hominum tenuiorum dissipantur, in solitudine agrorum ubique relucet. Libri studiosorum gaudent etiam hoc privilegio, quod ob debita in aliis locis contracta, non magis, quam *antea* de personis eorum diximus, arrestari possunt. Stipendia quoque Ministrorum publicorum, domi militiæque, moribus populorum, Arresto exempta sunt, hactenus ut pars major *officialibus* salva

* Pertinet huc Arrestum Saxonicum, de quo *P. 1. C. El. 28.* §. ferner. & *O. P. S. t. 51. §. 5.* agitur, vi cujus arrestans in bonis debitoris sui jus reale, ac veluti tacitam hypothecam consequitur, atque, ex tempore impetrati & debitori notificati vel cogniti arresti, aliis creditoribus, antiquiorem hypothecam non habentibus, præfertur, ubi notandum 1) Arrestum Generale, quod omnia omnino bona, quæ sub diversa jurisdictione constituta sunt; feudalia & allodia, præsentia ac futura, afficiat, impetrandum esse in Cancellaria sive Regimine Dresdensi, *O. P. S. t. 51. §. 8.* Carpz. *P. 1. C. 29. def. 23.* Berlich. *P. 1. concl. 74. n. 76.* v. formul. supplic. ap. Svendend. *ad Fibig. p. 1198.* Speciale impetrari apud Judicem inferiorem jurisdictionem habentem, qui ratione rei sitæ est competens, *d. t.* §. es soll aber. Arrestum autem, quod fodinas metallicas afficere debet, Collegio ad metallicas causas destinato significandum, vel ab eo impetrandum esse, Berg-Ordnung. *art. 100.* Clarius hoc decisum fuit in *Mandato Reg. & El. d. 1713. d. 26. Aug.* wie bey entstehenden Streitigkeiten in Berg-Sachen zu procediren. §. *24.* conf Horn. *de Hypotheca legali in fodinis & partibus metallicis, th. 13.* Ziegl. *d. Jur. Maj. L. II. c. 19. th. 18. 19.* Præterea vero Arrestum generale Saxonicum bona in Episcopatibus Misnensi Mersburgensi & Numburgensi sita, non afficit, sed speciale coram eorum regiminibus præcise impetrandum est, *O. P. S. tit. 51. §. 8.* conf. Horn. *de jure sublimis territorii Elector. Saxon. in tribus Episcopatibus Misenensi, Martisburg. & Numburg. competente.* 2) Arrestum non concedi, nisi prævia demonstratione crediti, & ejus, quod debitor bonis lapsus sit, qualicunque deductione, vid. *O. P. S. t. 51. §. 3. Ref. Grav. d. An. 1653. 57. gr. 9.* alias enim, si temere concessum fuerit arrestum, judex parti ad interesse præstandum obligatur, Carpz. *P. 1. C. 29. d. 24.* Svend. *ad Fibig. Proc. p. 180. seq.* 3) Arrestum impetratum bis renovandum esse ab una quaterdena ad alteram, ubi prima quaterdena currere incipit a die arresti impetrati, Carpz. *d. 79. n. 13. seq.* cum secunda renovatione autem Libellus Arrestatorius, die Kummer Klage, annexa specificatione debiti, declaratoque modo probandi, offerri, adversariique, id est debitoris, citatio peti debet, *P. 1. C. El. 29. O. P. S. Tit. 51. §. 10.* Carpz. *l. 4. Resp. 35.* quæ forma si neglecta, aut renovatio, aut libelli oblatio, anticipata fuerit, Arrestum erit inutile, Carpz. *ad d. C. 29. def. 12.* 4) In termino persecutionis sive justificationis, causas arresti petiti ulterius deducendas & cum debitore vel curatore concursus, desuper procedendum esse, quo facto arrestum vel cassatur, vel confirmatur, *d. Tit. Ord. P. S. §. 11.* 5) Arrestum legitime impetratum operari Jus reale, ita ut arrestans prior præferatur hypothecariis, aut arrestantibus etiam, momento posterioribus, Carpz. *P. 1. C. 28. d. 143. sq. j. in Rescriptum El. Ordin. Cambialis præmiss.* §. So bald. vi cujus, impetrato adversus mercatorem Lipsiensem arresto incolæ intra 14 dies, extranei intra 40. dies, arrestum impetrantes eodem cum primo arrestante jure gaudent. cf. Menck. *ad Ord. Proc. Sax. tit. 51. §. 2. sq.* Martini *ad O. P. S. Tit. 48. & 51.* Svendend. *ad Fibig. p. 1200. seq.*

relinquatur; siquidem partem apud nos fere tertiam Creditoribus decidere velint: quia R. ipubl. interest, ministros publicos non redigi ad mendicitatem. Postremo, quæ debentur exteris Principibus ex publica conventione, non recipiunt Arrestum, quia Jurisdictio in illos per Intimationem nullo modo fundari potest. Cujusmodi petitio Arresti negata est a suprema hujus Provinciæ Curia, creditoribus quibusdam Imperatoris Romano-Germanici, die XI. Novembris 1681.

2. Modus, quo Arrestum Reale committitur, quatuor partibus constat. 1. Petitione Creditoris. 2. Imperio Judicis. 3. Intimatione facta debitori. 4. Confirmatione judiciali. Petitio creditoris hæc est; rogat, ut ei, qui rem pecuniamve debitoris sui tenet, denuncietur, ne rem illam pecuniamve tradat debitori suo vel solvat, antequam sibi ab eodem debitore sit satisfactum, idque per simplicem prohibitionem, ut fere apud judices fit inferiores, aut certa sub pœna, quemadmodum plerumque fit in Curiis supremis, idque vel per denunciationem simplicem, vel scripto comprehensam, quod vulgo *Arrestum in forma* vocant. Et hoc tum est *Imperium* Judicis, quod, si res & causæ genus non repugnet, sine causa cognita plerumque conceditur. Denunciationi jungenda *Citatio* sive in jus vocatio, quo certa die, qui res arrestatas detinet, sistere se judicio, & si faciendum putet, opponere se possit. Accedere debet Intimatio debitoris, cujus res sistuntur, idque per viatorem publicum, auctoritate Magistratus; si vel in eadem Jurisdictione sit, vel Judex loci in quo degit, suam Jurisdictionem adhibere non gravetur: alioqui sufficit denunciatio simplex, facta per ejusmodi personas, quarum relationi publica fides constet.

3. Nec enim hæc intimatio debet esse in jus vocatio, sed tantum, ut loquuntur, Certificatio; quia personæ judicium Arresti constituentes, sunt Actor & reus Arresti, i. e. Creditor & qui res debitoris tenet. Respectu ipsius debitoris requiritur, ut rem suam sciat agi, & in tempore juri suo defendendo adesse queat. Tu dices, quæ ratio, quod diverso Imperio subjectus ad externum forum venire cogatur? Dicendum, eam consistere in Jure rei sitæ, quod ut lege Romana causam Fori in exteros præbet respectu rerum immobilium, ut videbimus *ad tit. de Judiciis*, ita moribus idem in immobilibus receptum est: haud secus ac pignus Prætorium eodem jure civili creditoribus etiam in rebus mobilibus acquiri constat. Proinde, si debitor in loco rei arrestatæ Procuratorem aut Administratorem habeat, huic etiam cum juris effectu denunciatio fieri potest. Si tamen denuntiantes fidem publicam non habeant, Arrestum per justæ intimationis defectum nullius momenti habetur, ut in Suprema Frisiæ Curia judicatum memini, de Intimatione facta per famulum judicis Pagani, die 7. Mart. 1680.

4. Sunt, qui putant, Intimationem Arresti omissam non obstare, quo minus ipse rei possessor Arresto parere teneatur, ac proin si debitori contra Judicis prohibitionem solverit, hanc eum pœnam pati, quod nihilominus Arrestanti solvere cogatur. Rationem habent speciosam, quod *Arrestatus* sive possessor rei præclusæ jussionem sui Magistratus contemnere non debuerit, & quod Intimationis neglectus ad tertium spectans, ad ipsum non pertineat; ideoque eum merito contemptum jurisdictionis, cui subjectus est, debiti præstatione luere cogi. Sed verius est, intimatione neglecta, Arrestum non minus esse nullum, quam si confirmatio judicialis omissa fuisset. Nam quod dicitur, eum Judicis sui imperium spernere non debuisse, verum est, si mandatum fuisset absolutum, nec certa forma, quam impetrans Arresti servare deberet, limitatum. Ac ita Supremæ Frisiæ Curiæ in *Contradictorio* placuisse scio, quanquam in nonnullis Provinciæ nostræ Dicasteriis secus observatum intelligo, variæque nostratum Pragmaticorum super ea re sint opiniones, ut ante aliquot annos in causa quadam magni momenti, agitata in *Judicio militari*, quod est in hac Provincia, videre mihi contigit: cum post alios consultus, ita, ut heic collocavimus, respondi, atque ita pronunciatum est.

5. Accedit hæc ratio, quæ & copiam novæ observationis dabit, quod Arrestum non sit executio, a qua certe non est incipiendum, *sed provisionis medium*, quo quis rem, de qua vult agere, curet eodem loco detineri, donec per sententiam jus exequendi obtinuerit; ideoque Arrestans, simul una paratus esse debet, ad actionem super lite principali instituendam, quæ non potest institui, quando is, cujus interest, certior non est factus, in quem finem servit Intimatio. Quid enim, an Judex reum arrestatum condemnabit, Arrestanti rem alterius inauditi & qui nescit a se peti, tradere vel solvere? vel an si *Arrestatus* ultro solverit Arrestanti, domino rei vel creditore invito, hic ignarus & inauditus actionem amittet? Longe potius

potius dicendum, si dominus rei, vel cui res præclusa debetur, eam petat ab Arrestato, hunc non habere causam recusandi, si intimationem omissam fuisse probaverit. Plane res non capit alium exitum, si quidem nec Arrestanti potest solvi, qui non usus est forma juris, nec possessor rem nullo jure præclusam retinere potest, quæ aut est alterius, aut alii debetur.

6. Intimatione facta, sequitur Confirmatio judicialis, quæ fit per *Protestationem* de effectu *Arresti*, contra quam si nec citatus nec intimatus se opponant, petit impetrans Arresti deinceps, ut ex bonis præclusis sibi satisfiat, quod Judex, prævia citatione causaque debiti cognita, concedit, Sand. *1. tit. 17. Def. 1.* nec tamen Arresto sine oppositione confirmato, jus omne debitoris & Arrestati sublatum atque extinctum est: nam hic die Citationis, loco oppositionis, protestari potest, penes se non esse rem, vel pecuniam Arresto designatam; vel hoc etiam neglecto, priusquam teneatur ad solvendum, denuo citandus est, & tum adhuc ei se opponere licet, ac contendere, sibi esse jus potius, quam Arrestanti, vel etiam se tempore primæ citationis jam exoneratum fuisse rebus aut pecuniis arrestatis: nam confirmatio *Arresti* tantum est provisio, ne res apud citatum extans amoveatur, non etiam ut arrestatus debitor fiat, sine remedio principalis defensionis, judicatumque est ita in Curia Fris. in Causa *Sixti Johannis, contra Vitum Johannis Sixti, ante magnas ferias 1680. ut tamen reus in impensas ob neglectum in tempore protestationem damnaretur.* Si debitor, cui intimatio facta, neglexerit oppositionem adversus confirmationem Arresti, provisionem ejus pati debet, ut ne res Arrestata ei tradatur, antequam de causa principali cognitum fuerit; sed cum arrestans urget solutionem, tum adhuc est facultas oppositionis, qua contendat, arrestanti non esse jus in causa principali, quam prætendit arresto; sicut etiam judicatum est in causa *Wilhelmi a Brakel Pastoris Leovardiensis, contra Geertruden Intiema, ante ferias natalitias 1679.*

7. Oppositione facta, primo Arresti tempore per Intimatum, Arrestans non modo concludit, ut Arrestum confirmetur, verum etiam, ut ex causa principali condemnetur ad solutionem ex rebus Arrestatis permittendam. Si tantum concludat, ut arrestum declaretur validum, statim repellitur, atque ita judicatum reperio die *XXIII. Sept. 1680. inter Curatores pauperum pagi N. contra heredes ex beneficio inventarii Sibrandi a Walta.* Hinc etiam sequitur, si maxime arrestans habeat justam causam arrestandi aliquam rem, si tamen hoc suum jus præpostere persequatur, ita ut principalis instantia sit neganda, Arrestum quoque labi & irritum pronunciari; licet, inquam, jus ejus alioqui rectum & validum esset, quia cum Arrestum nihil sit quam accessio principalis instantiæ, hac deficiente, nec illud sistere potest, ut similiter judicatum est die *5. Martii 1680.* relato exemplo *in parte secunda Jurisprudentiæ hodiernæ, l. 1. c. 32.* Postremo sciendum, Arresta cessare I. ob aliena debita procul dubio, quia nulla de iis actio principalis, alii quam vero creditori, datur. II. in nundinis liberis, qua de re in *tit. de Nund.* Reliqua ad hunc locum spectantia latius prosecuti sumus *dicta* Parte 2. cap. XXXIII.

TIT. V.

Si quis in jus vocatus non ierit, sive quis eum vocaverit, quem ex Edicto non debuerit.

I. Ire debet in jus etiam, qui non est subjectus judici. II. Quod limitatur. III. Exceptiones ab ea regula.

Bimembris est hæc rubrica, sed parti secundæ titulo præcedenti satisfactum est, ut quidem videtur: nisi quid mox videri possit. Parte prima cautum, ut is, qui in jus vocatus venire noluit, pro arbitrio judicis multetur, *l. 2. pr. & §. 1. h.* * ad judicem intelligi oportet majorem, ad quem fit

*Pœnas contumaciæ, ‡ quæ apud nos obtinent, explicat *Ord. Proc. Sax. Tit. 10.* Scilicet, si actor per contumaciam non comparuerit, reus absolvitur ab instantia, & ipse in cautionem de lite prosequenda simulque in expensas condemnatur, *d. Tit. 10. §. ERl. 1. art. 8.* Brunn. *Proc. Civ. c. 4. n. 3.* Carpz. *P. 1. C. El. 9. def. 22.* Unde reus ad libellum respondere non compellitur, antequam ab actore expensæ refusæ & cautio præstita sit. Carpz. *ad Proc. Tit. 8. art. 1. n. 2. seqq.* Imo refusionem expensarum ne quidem, si ab actione mota desistere velit, actor evitabit. Hartm. Pistor. *Obs. 140.* Rivin. *d. Except. Dilat. c. 21. n. 3.* Nicol.

in jus vocatio, per *d. l. 2. pr.* tametsi non fuerit Jurisdictioni ejus, ad quem vocabatur, subjectus, *in fin. d. pr.* ne contemsisse majestatem Prætoris, sibique arbitrium jurisdictionis sumpsisse videatur, *l. 5. de Judic.* quod in urbe Roma, ubi Prætores multi jus dicebant, & alias de civibus ejusdem loci non est mirum.

2. At si quis ad eum, qui in diverso territorio jus dicit, citetur, cui nec immediate nec mediate est subjectus, res loquitur, ibi non esse locum huic pœnæ, *l. ult. de Jurisdict.*

3. Cessat etiam, si quis rusticitatis errore non venerit, aut nihil actoris interfuerit, *d. l. 1. §. 1.* etiam sane excusatur is, qui ex Edicto Prætoris vocari non debuit, *arg. l. 1. §. 2.* cum *l. 2. tit. seq.* juncta *l. 11. tit. præced.* atque ad hunc casum refert Pacius partem alteram hujus rubricæ; *sive quis eum vocaverit, quem ex Edicto non debuerit.* Ita ut his verbis exceptio contineatur ab regula, quæ est in prima parte Rubricæ. Quod si Magistratus, ad quem Reus erat vocatus, cum ei non esset subjectus, non admissa exceptione declinatoria, pergat in eum jus dicere, *poterit is, qui vocatus venit, impune non parere, nec coërcebitur edicto, si quis jus dicenti non obtemperaverit, l. ult. de Jurisdict.* sunt verba Wissenbachii ad *fin. h. t.* Sed vereor, ne non id verum sit, nisi in Judicibus diversi plane territorii, de quibus agit *d. l. ult.* & quos indicavimus in *§. 2. h. t.* Atqui ad tales ne quidem ab initio venire necesse est. Verum ad quem judicem vocatus sistere se aliquis debet, ut ipse cognoscat, sitne sua jurisdictio? si ille, rejecta exceptione declinatoria, condemnatus sit ibi Litem contestari, parere debet, utique si Judex supremus sit. Nam adversus interlocutionem inferioris datur, ut *hodie* moris est, appellatio: utique si per modum exceptionis præscriptio fori opposita fuerit. Sed est media via inter consilium non veniendi, aut excipiendi, quam auctor aliquoties sui membris Academiæ nostræ infillendi, quando vocati erant ad tribunal oppidanum, ut accederent, aut mitterent, qui ipsorum nomine nullitatem judicii allegarent, peterentque desisterent ab usurpatione jurisdictionis; alioqui protestarentur & abirent. Sic a necessitate excipiendi & appellandi liberabantur: & ab executione satis tuti erant præsidio publico. Sed hæc via non est tuta, quando Judex, ad quem aliquis vocatus est, cogendi & exequendi in Reum

Proc. c. 33. n. 7. Reus vero contumax, si citatio ipsi legitime insinuata terminum Saxonicum integrum complexa fuerit, ac ipse absentiam suam non legitime excusaverit, urgente actore, in legitima impedimenta, in Ehehafft und behelfliche Wiederrede, *d. Tit. X. O. P. S. §.* im Fall aber. *j. L. R. l. 2. art. 7. & 25, l. 3. art. 39.* Carpz. *l. 3. Resp. 25.* Id. *P. 1. C. 9. def. 3. sq. & ad Proc. tit. 8. art. 5. n. 6. seqq.* & si in contumacia perseveraverit, aut in proximo termino legitima impedimenta haud probaverit, ad executionem, auf die Hülfe, condemnatur, adeoque totam causam perdit, & insuper expensas totius processus Actori restituere compellitur. Nicol. *Proc. P. 1. c. 38. n. 6. Q. 5. F.* Rivin. *ad O. P. S. Tit. 40. Enunc. 41.* Menck. *ad O. P. S. Tit. 10. §. 6. sqq.*

‡ Quæ novissimo Jure haud paulo aliter se habent. Qui in primo termino ipse non comparet, mulctam citatione comprehensam incurrit. *Tit. 1. §. 1. & 4.* quo etiam cavetur, utraque parte non comparente, terminum equidem habendum esse pro circumducto, utramque tamen partem, quod Judicem de suis impedimentis certiorem non fecerit, in mulctas citatione comprehensas incurrere. Si Actor aut Provocans in primo termino plane non compareat, restitutio Impensarum & Actionis prosecutio intra terminum Saxonicum, sub comminatione amittendæ actionis injungatur, & si ab alterutra parte intra istum terminum nova citatio aut dilatio non petetur, actor in proximo termino iterum contumax, prævia Rei accusatione, jactura actionis cum refusione impensarum punietur, cessante penitus absolutione Rei ab instantia & cautione de lite prosequenda. *O. P. S. F. I. & E. Tit. 10. §. 1.* Reus non comparens, cum omnes citationes sub præjudicio fiant, prævia actoris accusatione in istud & impensas est condemnandus, cessante in causis civilibus condemnatione Saxonica in Ehehafften und behelfliche Wiederrede. *ib. Tit. 10. §. 2.* Partes ad Juramenti præstationem aut publicationem sententiæ citatæ, ante horam pomeridianam V. Judicio se sistant: nec proderit cuipiam, in termino aut paulo ante se excusasse, impedimentumque legitimum, sed non in continenti demonstratum, allegasse, aut eo nomine appellasse, ita tamen ut eidem, justa impedimenta sua deducere, in leuteratione aut appellatione interposita integrum sit, in quarum tamen prosecutione aut justificatione, si hoc res patitur, priori citationi sub comminatione eidem addita, eventualiter morem geret *ib. Tit. 4. §. 5.* Confer. *ib. Tit. 10. §. 4.* Si publicanda adest sententia, utraque parte non comparente, ea hora XII. in contumaciam utriusque publicabitur, & de ea re registratura ad acta conficietur. *d. Tit. 4. §. 6.*

vocatum

vocatum habet potestatem. Semper sane, etiam adversus Judicem supremum, locum habere debet Querela nullitatis, *l. ult. C. Si a non compet. jud.* Cui in hac causa locum esse, memini censuisse Curiam supremam, ad libellum supplicem *Viri Cl. Abrahami de Grau*, Matheseos in Academia nostra Professoris, cum a Judicibus Franekeranis, post talem protestationem, esset condemnatus, & appellationis tempus elapsum esset, ante ferias Caniculares 1681.

TIT. VI.

In jus vocati ut eant, aut satis vel cautum dent.

I. II. Necessitas eundi in jus evitabilis satisdatione. III. Scil. in diem certum, quem præfigere, cujus sit arbitrii. IV. V. Quid jure novo. VI. Quid usu temporis hodierni.

NOn erat tam importunum jus vetus, ut vocatos e vestigio sequi oporteret; etenim, si idonee caverent judicio sisti, per fidejussores locupletes, erant dimittendi, alioqui injuriarum actor tenebatur, *l. 5. §. 1. Qui satisd. cog.* imo, qui a necessariis personis, veluti parentibus & patronis, non acceperit qualemcunque fidejussorem, etsi non locupletem, is quinquaginta aureis mulctatur, *l. 1. & 2. h. t.*

2. Vocati igitur in jus, ita ut dictum a privatis, sequi debebant, aut fidejussore aliave cautione diem judicio sistendi constituere, *hoc tit.* de modo autem cavendi inferius dicetur.

3. De die litigatores conveniebant, si nihil esset dictum, in potestate stipulatoris erat, sumere diem, non excluso tamen Prætoris aut Judicis arbitrio, *l. 8. pr. Qui satisd. cog. l. 1. Si quis caut. jud. sist. caus. fact.* quas Leges alii inter se committunt: nos hoc ulterius non prosequemur. Vid. Wissenb. *ad tit. Qui satisd. cog. n. 2.*

4. Hodie indulgetur reo spatium XX. dierum ab actionis editione, ut deliberet, cedere velit, an contendere. Auth. *offeratur. C. de lit. contest. Nov. 53. c. 3.*

5. Præterea, Actor reum in jus vocaturus, ab eo, qui Jurisdictioni præest, viatorem seu exeeutorem postulat, per quem libellus conventionis ab actore acceptus ad reum deferatur, *d. Nov. 53. cap. 3. Nov. 79. cap. 3. Nov. 96. & Nov. 112. cap. 2.* Vide latius A. Matth. *disp. 7. de Judic. th. 8. & 2.*

6. Cum autem privatæ in jus vocationes amplius non fiant, sequitur, nec hujus generis satisdationes hodie esse in usu.

7. Nisi quis injectione manus, quam arrestum & citationem realem vocant, in judicium trahatur; tum enim satisdatione custodia potest evitari, siquidem causa sit ejusmodi, quæ fidejussionis est capax, ut fit omni die; & dictum in capite de Arrestis, subjecto *titulo de in jus Vocando.*

TIT. VII.

Ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi eximat.

I. Usus & pœna hujus Edicti. II. Cui detur actio. III. Adversus quos detur. IV. De gravibus circa hunc tit. commissis.

QUi alium per vim aut dolum malum exemit, aut impedivit, ne vocatus in jus veniret, (Ergo in citatis ad judicem pedaneum non habet locum hæc actio, *l. 3. §. 1. h.*) tenetur actione in factum, in id, quanti res ab actore fuerit æstimata, non excluso tamen judicis arbitrio, *l. 3. §. ult. l. 4. pr. & l. 5. §. 1. h.* ex quo intelligitur, pœnalem esse hanc actionem, non tantum respectu rei, sed etiam a parte actoris, secus ac Wesenb. *h.* siquidem actor plus consequitur quam sibi abest, quo respectu Actionem Legis Aquiliæ numero quoque pœnalium haberi, constat, *§. 9. Inst. de L. Aquil.*

2. Datur hæc actio etiam ei, qui per calumniam aliquem vocavit; nec enim privati erat, id arbitrari, *d. l. 4. §. 1. & d. l. 5. §. 2.* non tamen, si vocata sit persona, quæ vocari non poterat, *l. 1. in f. l. 2. f. h. t.* nec si in aliud forum, quam debuerat, sit vocatus, *d. l. 2.*

3. Datur & adversus plures in solidum, sic, ut unius solutio reliquos non liberet, *l. 5. §. 3. h. t.* arg. *l. 11. §. 2. ad L. Aquil.* Heredibus datur, si interesit eorum, non aliter; quia pertinet ad injuriam personalem, qua de re dix. ad *tit. Instit. de perpet. & temp. act.* in heredes & post annum non datur, *l. 5. §. ult.* Dixi, heredibus dari hanc actionem,

nem, si intersit; Ejus autem quod interest, exemplum datur *in l. 4. h.* si dies actionis interea exiverit; quod argumento esse videtur, jure veteri actionum præscriptiones illa in jus vocatione privata, quæ olim obtinuit, non fuisse interruptas, add. Giphan. *in l. 3. C. de præscr. 30. vel 40. ann.* Gail. *1. obs. 74. n. 20. & seqq.*

4. Si quis eum, qui a lictoribus ducitur aut custoditur, exemit, is sine dubio gravius delinquit; at hujus rei locus est *in tit. D. de Custod. reor. infra.* Denique, si quis cœtum & concursum fecit, quo impediret, ne quis in jus duceretur, Legis Juliæ de vi privata crimen committit, *l. 4. in pr. ad L. Jul. de vi priv.* Moribus hodiernis, cessante in jus vocatione privata, hæc actio vix potest habere locum, nisi in Arrestis. Etenim qui debitorem detentum, aut res ejus Arresto præclusas exemit, non est dubium, quin teneatur in id quod interest, qua de re Peckius *de jur. sist. c. 33.* Etiam jure civili qui debitorem Fisci detentum vi exemit, in vicem debitoris, Fisco tenetur, *l. 3. C. de Exact. tribut.* quod etiam in privatis obtinere, censet Grœnewegius *ad d. l. 3.* neque vero id quod interest, ad quod sine dubio, qui exemit, tenetur, ab illa sanctione multum abludit.

Tit. VIII.

Qui satisdare cogantur, vel jurato promittant, vel suæ promissioni committantur.

I. Continuatio. II. Quid satisdare significet. III. Quid actor caveat. IV. Quid reus & remiss. ad Inst. V. Quinam hic immobilium possessores. VI. Cautio jud. sist. in criminalibus. VII. Quid moribus. VIII. De cautione pro Impensis litis.

Quos reputatio dignitatis e vestigio vocantem in jus sequi prohibebat, hi satisdabant judicio sisti, hoc est, promittebant certa die apud tribunal sese stituros, eamque promissionem, datis fidejussoribus, confirmabant, ut dicere cœpimus *ad tit. In jus vocati ut eant.*

2. Scilicet, satisdare dicimur adversario, cum pro eo, quod a nobis petiit, securum facimus, ut satis facere dicimur ei, cujus desiderium implemus, *l. 1. h. t.* Utrumque, & satisfacere & satisdare, non modo datis fidejussoribus, sed etiam fit pignoribus datis, *l. 9. §. 3. de pign. act. l. 21. de Constit. pecun. l. 61. de V. S.* Proprie tamen & stricte satisdatio de fidejussoribus accipitur, *l. 1. in fin. h. t.* Cavere generaliter, *l. 188. §. 1. de V. S.* atque ita in *hoc tit.*

3. Jure nostro, ab actore cautio exigitur duplex: quarum altera nuda repromissio, altera satisdatio est. Repromittit, se intra duos menses, vel litem contestaturum, vel omne damnum, quod exinde reus senserit, in duplum esse præstiturum; cautione tamen summam aureorum XXXVI. non excedente, *Auth. libellum. C. de lit. cont. Nov. 96. cap. 1.* Satisdat, aut, si fidejussorem reperire non possit, tactis SS. Evangeliis jurat, vel per se, vel per procuratorem suum, in judicio se usque ad litis exitum perseveraturum, & si victus fuerit, decimam litis, expensarum nomine, reo soluturum, *auth. generaliter. C. de episc. & cler. d. Nov. 112. cap. 2.*

4. Reus, accepto conventionis libello, & ipse responsionem suam scripto comprehendit, quod ἀντιβιβλον Græci appellant: subscriptione sua declarans diem, quo libellus conventionis sibi traditus fuerit: Præbet etiam sportulas viatori, nec non cavet judicio sisti, *d. Nov. 53. cap. 3. d. Nov. 112. c. 3.* A. Matth. *de Jud. disp. 7. th. 5. & seqq.*

5. Porro rubrica docet, quosdam satisdare cogi, alios jurato promittere, & alios suæ promissioni committi, de qua triplici cautione *dix. part. 1. l. 4. tit. XI. n. 2.* Heic adde, pro immobilium possessoribus, qui sola repromissione defungi possunt, * haberi non modo eos, qui dominium proprie dictum, sed & qui utile dominium habent, ut emphyteutas & superficiarios, *d. l. 15.* etiam mulierem ratione fundi dotalis, ut & virum, & Tutores ob rem pupillorum in jus vocatos; at non creditores ratione fundi pignorati, nec usufructuarios, *d. l. 15. §. 1. 3. & 5. h.* Oportet

* Apud nos ab immobilium possessoribus ne quidem promissio desideratur, sed ii ipso jure a cautione pro Reconventione & expensis præstanda sunt immunes, *a. P. 1 C. El. 5,* Carpz. *l. 1. Resp. 78. n. 3. seqq.* Cæterum de hac cautione plenius actum fuit *supr. ad Inst. pag. 435. 436.*

autem

autem bona sint, vel in loco judicii, vel in eadem saltem provincia, *l. 7. §. 1. & l. 15. §. 1. h. t.*

6. Aliquando & in criminalibus cautio judicio sisti adhibetur, quotiens æquum judex censet, reum committere fidejussoribus, *l. 1. 2. & 3. de custod. & exhib. reor.* Sed hac de re alibi locus est ad tit. de *custod. & exhib. reor.*

7. Moribus hodiernis, non exigitur a Reis cautio judicio sistendi causa, nisi in casu *Arresti*, de quo *superius* actum est. Verum frequenter accidit apud nos, ut Actores non Arresto formali, sed libello supplice petant jussionem Curiæ, ne Reus forensis discedat, priusquam se debito modo *qualificaverit*, ita loquuntur, & sæpe quæsitum est, quid ea formula contineatur. Et quidem si nihil aliud expressum sit, convenit, hoc contineri, *ut eligat domicilium citandi*: Cautionis necessitas non videtur imposita. Quod si hæc petatur, nihil est causæ, cur injungi non posset: habet enim vim Arresti personalis ejusmodi denuntiatio, cum illius requisita in eo concurrunt, Imperium judicis, Intimatio, dies Judicii. An & cautio judicatum solvi a Reo peregrino exigi possit, dubitatum est; videtur, si ex gente sit, quæ apud se, a peregrinis deprehensis illam cautionem promiscue exigit, ut fere ubique viciniæ nostræ moris est, idem heic illis injungi posse; alioqui magis est, ut hoc peti non possit, nisi debitum sit liquidum, per ea, quæ de Arresto *loco citato* probavimus.

8. Hæc sunt, quæ ab initio judicii Reo injungi possunt. Ab Actore postulatur aliquando cautio pro Impensis Litis, si forte contingat ipsum in impensas damnari, idque si bona non habeat in territorio jus dicentis: neque tamen requiritur, ut sit possessor immobilium, aut locuples eximie, cum ad impensas litis solvendas haud magnæ opes requirantur: Ante litem contestatam exigendam hanc esse cautionem, satis constat, nec tamen exceptione in continenti opposita litem hac gratia distrahi, operæ pretium videtur, Reus illam petere debet, &, si petita negetur, tum fit locus exceptioni, ante, vel *oppositioni*, post litem contest., ut in nostra Curia servari solitum est. Quid si Actor cautionem obtulerit, nec præstita sit? Ne sic quidem post litem contestatam oppositio ad instar exceptionis admissa fuit, ut judicatum in causa Laurentii Risbens contra Theodorum Vryenburg *3. Julii 1680.* Jussionem in eum finem per libellum expetere potuisset: Litem ideo sufflaminari, non patitur ratio quasi-contractus, quæ est in lite contestata.

Tit. IX.

Si ex noxali causa agatur, quemadmodum caveatur.

DOminus ex delicto servi conventus cavere debet, se conditionem servi non mutaturum, quo actoris jus ulla parte fiat deterius. Quare si in causa criminali servus qui fuerat, dein liber factus sistatur, non bene sisti videtur, quatenus aliter de servo, aliter de libero homine supplicium sumitur, *l. pen. h. t.* quæ est Ulpiani. Idem in *l. 1. §. 1. de Pœn.* adserit, in pœnis infligendis tempus admissi delicti considerandum. Durum est, eundem JCtum sibi contrarium videri; satius est, admitti conciliationem licet divinationi propinquam, modo ex ipso textu non possit refelli, ut videtur fieri posse de conciliatione Duareni, quæ placuit D. Wissenbachio *ad h. t.* Scil. *L. pen. h. t.* agere de ordine cognoscendi, sive de *forma processus*, ut hodie loquimur; *L. 1. §. 1.* de genere pœnæ. Nam & lex *pen. h.* agit de genere pœnæ. Dicit enim, aliter *supplicium* sumi de servo, scilicet *verberibus*; aliter de liberis, ut *condemnatione pecuniaria*, quæ specierum oppositio non respicit ordinem cognitionis, sed ipsa pœnarum genera. Cujacii conciliatio, quam videsis *lib. 10. observ. c. 22. in fin.* petit principium. Mihi *Lex prima* de criminibus publicis, quorum pœna ad publicum exemplum infligitur, Lex *penult.* de privatis, quorum pœna ad ejus, qui læsus est, satisfactionem pertinet, probabiliter intelligi posse videtur. Ea est hujus rubricæ sententia, cujus hodie nullus usus, quantum quidem ad servos attinet. Hoc inde recte colliges, etiam res alias in eadem causa, qua fuere tempore citationis, esse præstandas, eaque gratia cautionem ex justa causa, judicis arbitratu exigi posse, *§. 1. Instit. de divis. stipul.* Mornac. *ad h. t.*

TIT. X.

De eo, per quem factum erit, quo minus quis in judicio sistat.

I. Sententia Rubricæ. II. Actione adversus impedientem, debitorem liberari. III. Mutuam fraudem compensari. IV. Quare hæc actio non detur in heredem, & an sit vere pœnalis a parte rei.

CUm vi vel dolo factum est, quo minus is, qui satisdederat, se judicio sisteret, ille tenetur actione in factum in id quod actoris interest, *l. 1. §. 1. pr. l. 3. pr.* velut si dominium aut actionem lapsu temporis interim amiserit, *d. pr.* quod ut accipiendum sit, diximus *ad tit. Ne quis eum, qui in jus vocab. in fin.* Si plures rei sint, unius solutione reliqui liberantur, *l. 1. §. 4. h.* secus ac *supra* de illis, qui in jus vocatum exemerant; secus etiam *in l. 8. de Jurisd. l. 1. & l. 2. de condict. furt. l. 11. §. 2. ad L. Aquil.* Ratio differentiæ, quoniam ibi pœna, hic nihil quam id quod interest vertitur, quod nullo modo plus semel exigi potest, *l. 57. de R. J.* pœnam vero singuli propriam, ut delicta singulorum distincta sunt, præstant.

2. Imo & ipse Reus omnino liberatur, quamprimum actor id, quod sua interest, ab eo, qui impedivit in jus vocationem, consecutus est; cum, quod idem, ut dictum, bis peti non potest in actionibus rei persecutoriis, *d. l. 57.* tum quod adversus impedientem datur eadem actio, quæ contra reum principalem, *l. 3. §. ult.* Imo jam per litis contestationem cum impediente factam, reus principalis exemptus videtur: Quod si ex eventu judicii liqueat, eum, qui impediit, non esse solvendo, actio restitutoria datur adversus debitorem primitivum, *d. l. 3. §. 1.* quod argumento est, lite contestata, quasi per novationem, translatam esse actionem in eum, qui commisit hoc Edictum.

3. Cæterum, si Reus dolo malo fecerit, quo minus actor in jus veniret, & vicissim actor impediverit Reum, hæc admissa utrinque compensantur, *d. l. 3. §. 2.* quod refer sis ad *tit. de compens.*

4. Datur hæc actio heredi intra annum: adversus heredem, nisi locupletior sit, non datur, *l. 1. §. ult.* Cur ita, cum sit rei persecutoria, cujusmodi actiones adversus heredes dantur, ut ad *tit. Inst. de perpet. & temp. act.* est dictum? Vulgo ajunt, quod & Wissenbachius noster *ad h. t. n. 3.* esse quidem hanc actionem a parte Actoris Rei persecutoriam, at a parte Rei pœnalem. Sed hanc distinctionem non esse necessariam, probavimus in *P. I. l. IV. t. 6. n. 20. & t. 12. n. 6.* ibidemque ad rationes contrarias respondimus. Verius est, qualitatem actionum pœnalium aut rei persecutoriarum, respectu actoris duntaxat considerari. Quare autem hæc actio in heredem non detur, sufficit ratio, quod ex delicto dari videtur, *h. l. 1.* junct. *l. 7. de al. jud. mut. caus.* ut *loco citato* probavimus. Si quis tamen ita velit, quod actiones, quæ ex delicto veniunt & in odium Rei sunt introductæ, suo modo pœnales *quoque* dici possint, licet rem tantum persequantur, non nimium repugnem, quando & pœna memoratur in *l. 1. §. 4. h. t.* modo id abusive factum intelligatur. Porro, licet hæc actio proprie respondeat cautioni judicio sisti, quæ exolevit, nihil tamen obstat, quo minus & hodie in id quod interest agi possit, si quis impedierit, ne reus citatus in jus veniret, ac interim ille fructum actionis suæ amiserit. Id tamen aliter oportet fiat, quam lapsu temporis, quo actioni præscribatur, ut est in *l. 2. pr. h.* nam præscriptio, citatione facta, interrumpitur hodie, ut diximus *ad tit. de in jus vocando.*

SCHOLIUM.

Ergo mallem, causam addidisset Autor, quomodo hodie possit fieri, ut actor per ejusmodi impedimentum fructum actionis suæ amitteret. conf. not. ad Strauch. XXII. 5. p. 303.

RESPONSIO.

Casus est; Si reus interim fuga evaserit, aut foro cesserit, quod aliquando vi fortunæ subita fieri videmus.

N. ADDIT.

Jam quidem intelligo mentem Autoris, & concedere possum, tali casu conveniri posse impedientem ad interesse, si modo probari possit, reum fuga non evasurum, aut foro cessurum fuisse, nisi alter impediverit, aut me ante cessionem & fugam, rem meam per processum fuisse consecuturum; si modo alter non impedisset reum, qui tamen casus pro moribus processuum hodiernorum, vix sunt dabiles. Et si sunt, tamen non obtinebunt Doctores talia adnotantes, id quod intendunt, scilicet esse aliquem hujus tituli usum adhuc hodie, (etsi Autor verbis ambiguis utatur,) qui tamen revera nullus est, cum actio talis ad interesse plane diversa sit ab actione hujus tituli.

TIT.

TIT. XI.

Si quis Cautionibus in judicio sistendi causa factis non obtemperaverit.

I. Qui non servat vadimonium, tenetur, nisi causa justa excusetur. II. Quid si causis renunciaverit. III. Quomodo teneatur, si temere deseruerit vadim. IV. Quid juris in eremodicio. V. Quid moribus hodiernis. VI. De processu per contumaciam.

QVæritur, quomodo teneatur is, qui interposita sed neglecta cautione, die dicta, in jus venire supersedit? Resp. si ex justa causa id fecerit, nulla competit actio; sunt autem causæ justæ *in l. 2. & seqq. h. t.* ubi inter alias, si transactum sit, si quis muneris publici causa, aut testimonii dicendi ergo sit impeditus, si valetudine, furore, utero, tempestate, vi fluminis ita præpeditus sit, ut opportune adesse nequiverit, modo se ipsum imprudens non arctaverit, *d. l. 2. §. 1.*

2. Hæ causæ, si nominatim quibusdam sit renunciatum, non prosunt reo; generalis renunciatio non nocet, *l. 4. §. 4.* quod tamen ad renunciationem aliorum beneficiorum haud temere trahendum. Ratio differentiæ, quia in aliis generalibus renunciationibus, sciri potest a renunciante, quibus rebus renunciet, veluti fidejussor, qui tria sua beneficia facile potest cognoscere; Verum hic reus nullo modo scire potest, quibus causis renunciet, quando generaliter renunciat, siquidem infinita quotidie impedimenta oriri possunt.

3. Deficiente causa justa, dieque elapso, *l. 1. h.* reus vel convenitur condictione certi, quando certa pœna promissa est, (quo casu id quod interest, sub pœna continetur; sicut alias dictum, pœnas conventionales fungi vice ejus quod interest, *l. 2. §. f. Qui satisd. cog. l. ult. C. de Prat. stip.*) aut actione ex stipulatu, in id quod interest, *d. l. 2. §. ult. l. ult. si quis in jus vocat. l. 81. de V. O.* vel fit missio in possessionem bonorum, olim post XXX. dies, *l. 2. l. 6. & 7. Quib. ex caus. in poss. eat.* Jure novo, judex dat certas inducias, quibus elapsis, causa obiter cognita, judex decernit missionem in possessionem, secundum mensuram declarati debiti, resque possidere jubet, debiti servandi causa, *Nov. 53. c. 4.* verum ad sententiam non pervenitur. Nusquam in jure nostro legimus, ubi litis contestatio facta non est, ibi quemquam condemnari, ut Donellus probat *24. comm. cap. 9.* Sed in *Nov. 112. cap. 3.* constitutum est, si actor edictis legitimis citatus, singulis spatio 30. dierum interposito, absit, reum post annum sententiam impetrare posse, quod tamen ad actorem non pertinet, utcunque Leo in *Nov.* sua 108. idem in actore constituerit, A. Matth. *disput. 7. de judic. th. 51.*

4. Atque hoc ita in *vadimonio deserto;* sic appellatur defectus sistendi se judicio, secundum cautionem, seu *vadimonium* præstitum. Sed contracto eremodicio, Græca vox ἔρημος δίκη, id est *lis deserta*, cum post litem contestatam alter litigantium se judicio subducit, causa μονομερῶς ab una parte cognoscitur, & sententia fertur, *Nov. 69. cap. 3.* quo sensu capienda *l. 68. & seqq. de Judic.*

5. Hæc ita Jure Romano. Moribus hodiernis vix est, ut inter Actorem & Reum hac parte distinguatur. Verum si Actor sit absens, nec ad proclamationes in continenti factas compareat, *instantia circumducitur*, hoc est, ut *ad tit. de in jus voc.* intelleximus, Reus ab instantia absolvitur, & Actor omnia de novo redordiri debet: Potest fieri, ut & causam funditus perdat, quod accidit, si ex Lege *diffamari* citatus, ut actionem institueret, vel in perpetuum sileret, receperit, se actionem intra certum tempus instituturum, eaque gratia Reum in jus vocaverit, nec ipse die dicta se stiterit; tunc Reus impetrat circumductionem instantiæ, quæ in hoc casu absorbet omnem causam; utique, si de tempore, quo promisit actionem se instituturum, aut perpetuum taciturum, nihil sit reliquum, ut, me referente, judicatum memini ante ferias Paschales 1679. Dictum aliquid ea de re ad *tit. de in jus voc.* Si reus non veniat ad primam citationem, narrant Pragmatici, illum perdere exceptiones declinatorias; ad secundam, dilatorias; ad tertiam, peremptorias, ut Wissenbachius tradit *ad hunc tit. n. 9.* ex Gudelino, Mynsingero, Gailio, & aliis. Ex ratione juris ita dicendum est; prima contumacia reum amittere exceptiones, quas ante litem contestatam opponere debuisset, sive declinatorias, sive dilatorias, quia contumacia pro præsentia est, & habetur quasi litem contestaretur, *Auth. Qui in provinc. C. ubi de Crim.* Secundæ contumaciæ

quæ pœna sit, in Jure non scio esse traditum; oportet cujusque Fori esse peculiarem. In nostris foris pœna pecuniaria, quæ ad primam contumaciam *purgationis* causa datur, ob secundam duplicari solet, in judiciis inferioribus, *lib. 3. Stat. tit. 2. art. 33.* Quando Reus tertio contumax est, nulla datur amplius purgatio, sed reus ob contumaciam condemnatur, accepta pro omni *disceptatione*, sola *Intentione* actoris, cujus libellus in hoc casu vulgo *Intendit* appellatur, quam vocem, non alieno ab hac re sensu, habes in *l. 2. C. de Litigios.*

6. Etiam in Supremis Curiis, uti omnes citationes sunt peremptoriæ, quod in nostra obtinere diximus, ad condemnationem per contumaciam tamen non proceditur, nisi post secundam citationem, propter summum, ne quis inauditus damnetur, præjudicium, ut Statutis nostris cautum, *lib. 3. tit. 12. art. 1.* Idque stylo Curiæ laudabili adhuc ampliatum est, ut, si utraque Citatio facta sit ad domum simpliciter, neutra personæ Rei insinuata, opus sit tertia citatione, quam tamen *personalem* esse non requiritur. Peractis citationibus, & accusationibus contumaciæ, Actor eas exhibet Judici pro Tribunali sedenti, petitque facultatem procedendi adversus contumacem; quæ conceditur absque cognitione causæ, visis duntaxat citationibus & accusationibus; nec quidem si dubitet, an Reus Curiæ sit subjectus, eam permissionem differt; id enim tempore sententiæ considerandum, ut dubitanti Commissario ad Tribunal responsum est a Curia, *ante Paschales 1681.* Deinceps actor offert Curiæ suum libellum *Intentionis*, in quo, causa petendi exposita, addit probationes quas habet, & concludit, ut Reus declaretur contumax, & privetur omnibus exceptionibus, declinatoriis, dilatoriis, & peremptoriis, omnibusque defendendi mediis, ac porro condemnetur, ut res est. Neque tamen Reus semper condemnatur; haud raro enim fit, ut Judex e causæ meritis ab Actore productis, judicet Reum esse absolvendum, quo casu tamen in impensas litis ob contumaciam suam, ut præscriptum est, *l. 53. in pr. D. de Re judic.* condemnatur. Ideoque si Actoris probationes non faciant plenam fidem, fit interlocutio ad ordinem probationis; quod etiam fit, quando quis ex codice rationum mercatorio convenitur, primo quidem, ut juramento confirmetur, & dein, quia potest fieri, ut Reus de facto aliquid habeat opponendum: Ideoque etiam memini factum, ut & mercatore mortuo, fieret interlocutio, re in Curia disceptata *25. Novemb. 1680.* & rursus ante magnas ferias 1681. Atque tum Reus denuo citatur, eique fit copia respondendi & refutandi Actoris probationes; verum tunc denuo bis citatus & accusatus, peremptorie condemnatur. Dix. *part. 2. Jurispr. Hodiern. lib. 2. cap. 3.* De Quæstione, an ad accusationem contumaciæ requiratur speciale Mandatum, videbimus ad *tit. de Procurator.*

TIT. XII.

De Feriis & Dilationibus, & diversis temporibus.

I. Ratio continuationis: Item quid feriæ, quotuplices, & a quo statuantur. II. Quatenus per ferias jus dici nequeat aut possit. III. Quid juris, si in ferias incidat citatio. IV. An Feriæ Statutis tolli queant. V. Quid & quotuplex dilatio. VI. De tempore dilationum probatoriarum, quæ sunt hujus loci. VII. De tempore & ejus partibus. VIII. Intra quod tempus absolvendum sit judicium.

SI (a) quis in jus vocatus in diem feriatum, non stiterit se, nihil ideo præstat. Feriæ autem sunt *tempora, quibus silet judiciorum strepitus*, Alcyonia Fori, & dicuntur aliter festi dies ac nefasti. Feriæ, festi dies *a feriendis* hostiis, litandi causa, sunt dictæ. Nefasti appellantur iidem, quia tum jus fari non licet, juxta illud Ovidii notissimum:

Ille nefastus erit, per quem tria verba silentur;

Tria verba constat fuisse Prætoris illa solennia, DO, DICO, ADDICO. Non feriati festique dies vocantur fasti, a fando; Idem Ovidius.

Fastus erit, per quem Jure licebit agi.

Vocabantur aliter dies *Sessionum*, quibus Prætor sedebat in Tribunali, *l. 2. §. 1. Quis ord. in bon. poss.* Dividuntur in divinas & humanas, utræque in solennes & repentinas. Divinæ solennes, quæ Dei colendi gratia statis temporibus recurrunt, ut apud Christianos festa majora, &

(a) *Pos. 1. & seqq.*

maxime dies Dominici. Humanæ solennes, sunt dies messium, & vindemiarum; quorum illi currunt ab 8. Kal. Jul. ad Kal. Aug. hæ a 10. Kal. Sept. ad idus Octob. *l. 2. & 7. C. h. t.* quod tempus juxta naturam loci & climata cœli, quæ in Imperio Romano plurimum differebant, ut inter Illyricum & Africam, variari potest; idque a Magistratibus Provinciarum statuebatur, *l. 4. h.* cum alioqui solus Princeps ferias statuere possit, *l. 4. C. h. t.* Magistratus enim minister legis est, & secundum eas jus dicit, sed claudere Dicasterium, & præscribere, quando cives cuncti adesse queant, aut secus, id vero ministerium judicandi egreditur, & ad universæ Reip. gubernationem spectat. Quæ moribus hodiernis in quaque Republ. feriæ serventur, e statutis singularum gentium ‡ intelligitur: nostræ sunt *in lib. 3. Stat. tit. 7.* Denique, *repentinæ feriæ* vocantur, quæ extra ordinem, supplicationis vel lætitiæ causa indicuntur, *l. 1. & 4. C. h. t.*

2. Regula de FERIIS est, quod *diebus feriatis jus non dicitur*, nisi quod actus voluntariæ Jurisdictionis, qui parum habent strepitus, ut manumissio, appellatio, *l. 1. §. 3.* item pacta litis finiendæ, & transactiones, denique ea, quæ moram non patiuntur, vel Reip. intersunt, feriis quoque divinis recte fiant, *l. 3. 7. & 8. l. pen. C. h.* Partibus quoque consentientibus, per ferias humanas quælibet negotia tractantur, *l. 1. & 6. h.* quo tamen casu testes cogi non posse, verius est, quia cogere utique est contentiosum: Feriis divinis, lites, ne quidem inter consentientes, exerceri possunt, *l. 2. & l. 8. C. h. t.* nisi, ut dictum, res moram non patiatur, & Reip. intersit, qua ratione adversus latrones, etiam sacratissimis feriis procedi potest, *l. pen. C. h. t.* quæque ad annonam publicam pertinent, feriis expediri possunt, *l. 5. C. eod.* de religione diei Dominicæ *vid. l. ult. C. h. t.* quam Constantinus M. lege lata primus in orbe jussit observari, *l. 3. C. h. t.* Unde tamen non sequitur, ante Constantinum, diem Dominicam non fuisse cultam ab Ecclesia, quod nonnulli inde collectum voluerunt. Necessitatem observandi intulit ille primus Imperator Christianæ professionis, ut tamen agriculturam exciperet: *Ruri tamen positi*, inquit, *agrorum culturæ libere licenterque inserviant: quoniam frequenter evenit, ut non aptius alio die frumenta sulcis, aut vineæ scrobibus mandentur, ne occasione momenti, pereat commoditas cœlesti provisione concessa, d. l. 3.*

3. Citatio die feriato facta, si juris humani sit, valet, si juris divini, non valet, *l. 3. & ult. C. de fer.* sed in diem feriatum facta, indistincte inutilis est, *d. l. ult. & l. 1. §. 1. h. t.* nam ut sequens dies non feriatus a reo servandus sit, benignius quidem videtur, sed vi juris caret; duntaxat enim de lapsu fatalium appellationis dierum, id constitutum est, *l. 2. §. pen. C. de temp. appell.* Præstat igitur, ut judex tempus inde ab initio dimetiatur & exprimat; aut, si præfigatur Reo dies certus, a termino incerto faciendæ insinuationis, quam vocant, tum fere addi solet, præsertim locis procul distantibus, ut si dies adsignatus incidat in ferias, sequens non feriatus ei substituatur.

4. Quæri solet, an feriæ statuto tolli queant. Baldus quidem in *l. 6. C. de Fer.* non solum humanas, sed & divinas statuto abrogari posse scribit: de divinis male sine dubio, nec quidem Princeps eas tollere potest, supposito quod *ex jure divino* præcipiantur, quæ est alterius fori quæstio. Nam si quorundam sententiam sequimur, qui festa omnia tollunt e doctrina & disciplina novi fœderis, haud male Baldus; quod attinet ad humani instituti festos dies, hi forte nec male tolli posse dicuntur Statuto; si intelligas populi liberi constitutionem, ut sæpe vox illa sumitur; at si municipale jus ita proprie dictum intelligas, dicendum, posse coarctari, vel produci ferias humanas, tolli non posse, *arg. l. 4. D. & l. 4. C. h.* juncta *l. 35. de R. J. l. 38. de Pact.* juncta *l. 15. de V. S.* Conf. Marant. *p. 4. dist. 16. n. 87. & seqq.*

5. Sequitur altera pars Rubricæ, DILATIONES, quæ sunt *Intermissiones judicii ad tempus concessæ litigantibus*, idque in principio, vel in progressu, vel in fine judicii. In principio est dilatio deliberatoria dierum XX. *Auth. offer. C. de litis cont.* ut reus deliberet, cedere, an contendere, an judicem recusare velit, aliaque ad causam pertinentia meditetur. In progressu litis, ut & in principio, sunt dilationes citatoriæ, quæ decem dierum intervallo constant, *l. 69. & seqq. de jud.* Probatoriæ sunt, de quibus proprie *in h. t.* agitur, & mox dicetur. Post finem judicii dantur dila-

‡ Jure Saxonico statutum est, Ferias messium aliasque, inprimis eas, quæ secundum fori observantiam præcipua Festa præcedebant & sequebantur, non amplius observari debere, quod tamen ad ferias nundinales Lipsienses Numburgensesque non extendendum, ne quidem in Cambialibus, nisi iisdem expresse renunciatum. *O. P. S. E. I. & E. Tit. XI. §. 5.*

tiones appellatoriæ, ad interponendam, introducendam, prosequendam appellationem; item executionis, quod est spatium quadrimestre, de quo *in l. ult. C. de usur. rei jud.* de quibus omnibus alibi agetur. Et hæ quidem a Lege indulgentur, ut e singulis *textibus* apparet.

6. Tempus dilationum, quæ probationis caussa conceduntur, judex moderatur, * secundum distantiam locorum & conditionem caussarum, *l. 1. C. h. t.* Regulariter in pecuniariis caussis *semel* tantum tribuitur, in capitalibus accusatori duæ, reo tres dantur, nisi ex gravi caussa plures etiam in civilibus concedendæ videantur, *l. ult. h.* Quid autem de criminalibus, non capitalibus? Videntur a Paulo in *d. l. ult.* sub pecuniariis comprehendi delicta leviora; & sub capitalibus quælibet intellecta graviora crimina.

SCHOLIUM.

Excipitur communiter adulterium, l. 41. ff. ad L. Jul. de Adult. *Ostendi ad* Strauch. XXIV. n. p. 145. & seqq. *in dicto textu esse emblema Triboniani, quod a Wissenbachio, alias horum collectore, non fuisse observatum, miror.* vide Wissenb. h. t. th. 14.

RESPONSIO.

Excipi adulterium in d. l. 41. *tradit Donellus* 24. comm. 16. *eumque secuti plerique recentiores. Wissenbachius noster negat* n. 14. h. t. eo quod utrobique caussæ cognitio requiratur: *potius igitur hæc sit ratio diversitatis; quod adulterii crimen tempore Pauli in* d. l. 41. *nec capitale nec pecuniarium fuerit; ideo nec sit exceptio, neque ad regulam* l. ult. *pertineat. Quid igitur in his mediis criminibus? Locus ibi non est dilationibus ordinario, sed est extra ordinem*, d. l. 41. *Et sic non est exceptio, nec emblema. Certe hæc verba* d. l. 41. In crimine adulterii nulla dilatio danda est, *fortiora sunt, quam ut nihil singulare contineant; & ratio exceptionis reddi potest, quod, ni probationem in promptu habeat Accusator, ad matrimonium turbandum admitti non debeat: Rei vero nec ignorantiam obtendere, nec ad instrumenta provocare queant: sed tantum ad testes innocentiæ suæ, quibus exhibendis dari dilationem, scribit Paulus in* d. l. 41. *Sed quia Jure novo Crimen adulterii capitale factum est, hinc putat* Thomasius, *Tribonianum* d. legi 41. *adsuisse hæc verba ;* Aut judex ex qualitate negotii motus, hoc caussa cognita, permiserit, *ut hactenus esset simile reliquis capitalibus. Quod non admodum a fide veri & laude observationis alienum est.*

N. ADDIT.

Igitur & hæc responsio non taxat Scholium, aut illi contradicit, sed potius approbat & illustrare vult, in summam contrahendo, quæ latius dixeram in notis ad Strauchium. Cum tamen id paululum obscurius fiat, & initio Autor videatur, tertiam sententiam defendere voluisse, e re erit, locum ex Notis ad Strauchium, in Scholio citatum, hic apponere integrum. Ita vero ibi dixeram ad verba Strauchii: excepto crimine adulterii. *Hæc Autor ex Franzkio* ad h. t. n. 38. *Fundatur autem exceptio ista in* l. 41. ff. ad h. l. Jul. de adult. *Eam vero si contuleris cum regula*, in l. ult. ff. de feriis, *res dubio carere haud videtur. Uterque textus Pauli est. Et quidem* l. ult. ff. de feriis ex lib. 5. sentent. Pauli *desumpta :* In pecuniariis, *inquit*, caussis dilatio, singulis caussis plus semel tribui non potest. In capitalibus autem reo tres dilationes, accusatori duæ dari possunt ; *SED UTRUMQVE CAUSA COGNITA. Lex 41. vero* ff. ad l. Jul. de adulter. *inscriptionem* libri 1. *(forte legendum* libri 2. *propter mox dicenda,)* sententiarum Pauli *præ se fert, ejusque hæc est sententia :* In crimine Adulterii nulla danda dilatio est, nisi ut personæ exhibeantur, aut judex ex qualitate negotii motus hoc *CAUSA COGNITA* permiserit. *Vides, hic & in adulterio admitti dilationem causa cognita, & in omnibus delictis capitalibus, (imo & ex Autoris mente initio theseos, non improbabiliter in omnibus dilationibus) non nisi causa cognita dilationem concedi, secundum* l. ult. ff. h. t. *Exceptio igitur nihil peculiare habet a regula. Retinet tamen hanc exceptionem cum Franzkio Hahnius* ad Wesenbec. h. t. n. 12. *Eckolt.* ad h. t. §. 11. In caussis capitalibus, *inquit*, accusatori duæ, reo tres dantur, d. l. f. ff. h. t. in adulterio tamen nullæ con-

* Jure Sax. Electorali, præter Terminum probatorium, tres conceduntur probaturo dilationes, ‡ sed prima & secunda probato in continenti impedimento; *O. P. S. t. 20.* §. Wir lassen. *Ref. Gr. d. A. 1653.* von *Justitien*-Sachen. *grav. 21.* tertia autem, sive, computato Termino probatorio, quarta, non nisi prævia solennitate legali, sive petentis Juramento calumniæ, datur, *d. gr. 21.* Carpz. *Proc. t. 13. art. 1. n. 60.* Svendend. *ad Fibig. Proc. p. 609*

‡ Jure Saxonico novissimo dilatio prima, impedimento quadantenus demonstrato, altera juramento præstito, tertia penitus non conceditur. *O. P. S. E. I. & F. Tit. XX. §. 3.* Nisi sint minores, vel alii, qui beneficio restitutionis in integrum gaudent, qui commoniti sub jactura beneficii sui hoc fieri, veteri jure utantur. *d. Tit. XX. §. 4.*

cedun-

ceduntur, l. 41. ff. ad l. Jul. de adult. nisi causa cognita, d. l. 41. & sic concordat cum l. fin. ff. h. t. *qui adeo d. l. 41. non ut exceptionem a regula, sed ut Legem obstantem regulæ considerat. Si tamen verba Pauli in d. l. 41. accuratius consideres, videtur utique Paulus ibi aliquid singulare tradere voluisse. Si enim in omnibus dilationibus causa cognitio præcedere debeat, quid opus habuisset Paulus, id de causa adulterii in specie notare? Mihi igitur videtur, salvo aliorum judicio, in* d. l. 41. *Tribonianus verba*: aut judex ex qualitate *&c. textui Paulino de suo addidisse. Conjecturas hanc in rem profero sequentes. Antiquis temporibus adulterium non fuisse crimen capitale, notarunt jam Dd. non pauci: Ex pluribus vide Wissenbach.* in ff. ad L. Jul. de adult. *Quamvis ergo tum temporis in pecuniariis causis, (sub quibus videtur Paulus* d. l. ult. ff. h. t. *omnes causas non capitales comprehendere,) dilatio regulariter, causa cognita, semel concedi solita fuerit, non tamen voluerunt veteres eandem in causa adulterii concedere, cum causæ cognitione hoc casu nequidem videretur opus esse, sed ob rationes ab Autore ex Franzkio allatas semper deneganda statim appareret. At temporibus Triboniani crimen adulterii capitale erat, adeoque cum Tribonianus in locum Pauli de adulterio incideret, & istæ rationes amplius in adulterio locum non haberent, cum in causis capitalibus maxime favorabiles reorum partes, potissimum in dilationum materia,* d. l. ult. h. t. *probabile est, eum* d. verba ultima *loco Paulino addidisse, & ita eundem regulæ communi de dilatione in causis capitalibus accommodasse. Confirmant me in ista opinione non solum fragmentum sententiarum Pauli, Cujacii Codici Theodosiano annexum, ubi* lib. 2. tit. 26. de adult. §. ult. *hæc solummodo verba lego*: In causa adulterii dilatio postulata impartiri(*alii* impetrari,) non potest: *sed & alia textuum, vetera tempora, quibus adulterium haud erat capitale, respicientium, interpolationes a Triboniano nulla alia ex ratione commissæ, quam quod illos ad sua tempora non quadrare videret. Adducit Wissenbachius* in Emblem. Tribon. p. m. 403. & 410. *hujus rei duo exempla, unum ex* l. 18. C. de transact. *alterum ex* l. 9. C. ad L. Jul. de adult. *Habebis igitur in* d. l. 41. ff. eod. *novum Exemplum Emblematum Triboniani a Wissenbachio omissum.*

Adversus reum hac parte facilior est judex, quam actorem, ob rationem *l. 2. C. de Dilat.* quoniam instructus esse non potuit, qui præter spem ad judicium tractus est; præter quod alias semper reus favorabilior est quam actor, *l. 125. de R. J.* interim uni concessa dilatio utrique communis intelligitur, *l. 3. C. h. t.* Dies feriati in tempus dilationis incidentes, ei adnumerantur, adeoque tempus est continuum, *d. l. 3.** Usu fori, post litem contestatam causæque disceptationem præviam, si judex facti rem esse videat, certum partibus spatium præfigit, pro conditione & difficultate causæ; quod tamen & ex conventione partium semper, & ex magna causa a Judice produci potest, rarissime tamen solet, ne res iterum in id recidat incommodum, trahendi judicia in longitudinem, quod mutua Advocatorum & Procuratorum indulgentia fit enormiter, ubi ordinariis & legitimis dilationibus utuntur. Apud nos in dicasteriis inferioribus, tres dantur dilationes, singulæ quatuordecim dierum, quo elapso probationibus renunciatum intelligitur, nisi Judex tempus, ex causa, producat vel coarctet, *3. Stat. tit. 2. art. 46.* Habent & alias in variis judicii actibus dilationes, de quibus, quid apud nos servetur, e *d. tit. 2. art. seqq.* liquet, eaque in tritura forensi rectius addiscuntur.

8. Tertia pars Rubricæ est de diversis TEMPORIBUS, quæ partim ex supra dictis intelliguntur, (nam de præscriptionibus hic non agitur, quas habebimus *in libro 42.* si volet Deus,) partim ad spatium, quo lis terminanda est, referri debent; Nisi de Tempore & ejus partibus

* Dilatio, nisi concedatur nach Ablauff der erstern Frist, regulariter a tempore concessionis currit,‡ Svendend. *ad F. big. p. 600.* Carpz. *P. I. C. 16. d. 15. n. 5.* etiam diebus feriatis, nisi petita fuerit exclusis feriis. Svendend. *d. l. p. 174.*

‡ Quid autem Juris, si intra terminum petita dilatio, a Judice intra eundem nec concedatur nec denegetur? Nec concessa est, nec negata, sed judicis arbitrio continetur, quid decernere malit. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 10. §. 5.* Si quis contra denegationem dilationis appellat, rejecta appellatione, & deserta habetur probatio, & advocatus mulcta 5. & amplius uncialium est castigandus; si judex ad quem appellationi deferat, dilationis tamen initium non a tempore acceptæ resolutionis, sive ex quo de superioris judicis sententia certior factus est, sed a momento, quo prior dilatio exspiravit, est arcessendum; intra quod tempus adeo articuli probatorii, vel judici a quo, vel judici ad quem sunt porrigendi; idem est in omnibus dilationibus absque discrimine tenendum, licet forte in schedula Judicis, im Dilation-Schein, aliud contineatur. *d. Tit. 10. §. 6.*

aliquid addi placeat; Notæ sunt partes ejus, annus, mensis, dies. Annum constare diebus trecentis sexaginta quinque, satis constat, & quidem continuis, *l. 51. vers. Æstimatio. de Leg. Aquil.* Sed quid sibi vult *in l. 4. §. 5. de Statu lib.* hæc oppositio*: Annus quomodo accipi debeat, an qui ex continuis 365. diebus constet, an quibuslibet?* Aliquando scilicet ob intercalationem plures in anno sunt dies; ut cum bissextus additur. Docet autem Jurisconsultus, quando quis *per annum* ad aliquid tenetur, dies 365. sufficere, licet eo anno plures forte dies computentur: quia spectamus ad id, quod plerumque fit, & ad rotundum numerum, quemadmodum & mensis simpliciter dictus ad 30. dies refertur, ut ex *l. 12. de Stat. hom.* juncta *l. 2. §. ult. de suis & legit. hered.* colligitur. Alioqui in computationibus ordinariis nihil esse, cur a solita & populari computatione recedamus, manifestum est. Dies more Romano a media nocte incipit, & sequenti nocte finitur, *l. 8. h.* Hanc diem vocat *civilem* Censorinus *de die nat. 19.* quia varie a gentibus æstimatur: ut tum *naturalis* sit, qui a sole oriente ad occidentem usque durat. Horas numerabant ab ortu solis ad occasum XII. & rursus ab initio noctis totidem, *l. 2. §. 1. de V. S. l. 1. de Manumiss.* ubi pridie Kalendarum post sextam noctis horam natus, ipsis Kalendis natus habetur: Hora sexta est media nox. Eodem sensu hora sexta diei memoratur in *l. 7. h. t.* & alibi. In Historia Evangelica est eadem computatio; Servator mundi hora nona diei defunctus in Cruce, quæ est tertia post meridiem. Quæ præterea de computatione temporis utili & continua, in Arte frequenter usu veniunt, alias sæpe, novissimeque ad *tit. Inst. de perpet. & tempor. act. n. 4.* explicata sunt, sicut & de die cedente ac veniente, *ad tit. 2. de verb. oblig. n. 2.* quæ non repetimus.

8. Quod attinet ad tempus, quo lites terminandæ sunt, hoc est in criminalibus biennium, in civilibus triennium, *l. 13. C. de jud.* exceptis causis fiscalibus, quæ intra sex, & munerum civilium, quæ intra tres menses absolvendæ, *l. ult. C. de jur. fisc. l. 54. C. de decur.* tempus autem a die litis contestatæ incipit, *d. l. 13. §. 1.* atque etiam ad arbitros pertinere videtur, *arg. l. 1. & l. 17. §. 1. de recept. qui arbitr.* Ratio, cur civiles causæ diutius ventilentur quam criminales, est hæc, quod intersit Reip. maleficia celeriter puniri, nec rei diu squalore carceris sint affligendi, *l. 35. de pœn. l. 6. & l. 23. C. eod.* quibus nihil vetat addi, quod civiles causæ plerumque sunt obscuriores, quæ est Cujacii *αἰτιολογία 17. observ. 27.* De pœna eorum, qui non servant hoc tempus legitimum, *vid. d. l. 13. properandum. C. de jud. §. & siquidem.* D. A. Matthæum *disp. 5. de judic. th. 24. & seqq.* Idem recte statuit, conventione partium id tempus mutari non posse, *th. 37. d. disp. 5.* de Statuto municipali sentit idem *th. 41.* Sed quicquid hujus rei sit, palam est, ea tempora moribus hodiernis non observari, sed lites impune in multos annos produci, pessimo licet publico.

Tit. XIII.
De Edendo.

I. Continuatio, & quid edere. II. Modus edendi. III. Quis edat. IV. Remedium contra non edentes. V. Libellus quid. VI. Quotuplex. VII. Virtutes libelli. VIII. Ejusdem vitia. IX. Clausulæ libelli. X. Qu. An licet cumulare plures actiones &c.

IN jus vocato debet EDI sive offerri libellus, *Auth. offeratur. C. de lit. cont.* qui pari passu ambulat cum ipsa in jus vocatione, *d. Authent. Nov. 53. c. 3.* cujus loco in foris hodiernis offerunt libellum supplicem Judici, in quo causam exponunt, eamque expositionem Judex formulæ citationis inseri curat, ut in tit de in *jus vocando* dictum. Post litem contestatam denuo libellus, ad quem reus respondeat, offertur, de quo hic non agitur; nec tamen multum ab hoc ipso discrepat. De hoc autem postremo recte forsitan dixeris sentire Sichardum ad *d. Auth. offeratur. n. 4.* cum ait, stultam esse eorum sententiam, qui putant, Libello conventione partium renunciari posse; nam de priore, qui est hujus tit. cum sit in jus vocationi junctus, & hæc aliquando omitti queat, non videtur dubitandum, quin ab ea partium consensu recedi possit, *arg. l. pen. C. de Pact.* Nam ego stultam potius eorum opinionem, cujus meminit A. Matth. *disp. 6. de Judic. th. 33.* dixerim, qui tacite seu per dissimulationem omitti posse libellum, expresse ei renuntiari non posse statuunt. Porro, juxta libellum edenda instrumenta, rationes, & omnia, qui-

bus actor apud judicem usurus est, *l. 1. §. 3. h.*

2. Modus Edendi est, ut vel libellus tradatur, vel copia libelli fiat, aut dictetur, *l. 1. §. 1. h.* adeoque species futuræ litis demonstretur, *l. 3. C. h. t.* ut inde existimare queat, cedere an contendere debeat, & si contendendum putet, veniat instructus ad defensionem sui, cognita scilicet actione, qua convenietur, *l. 1. in pr. h. t.* Edenda autem sunt instrumenta sine die & Consule, ne quis falsum fabricetur, sed rationes cum die & Consule, *d. l. 1. §. 2.* Hodie in foro de instrumentis tam sollicita cura non est; minus, ut videtur, deditis quam olim nostri temporis hominibus, ejusmodi falsitatibus comminiscendis; *modo tuta fides.* Non solet etiam in jus vocationem Editio comitari hodie; sed ubi in judicium ventum est, facienda petenti exhibitio; & in qualibet scriptura qui citat instrumentum, id ipsum edere debet, ita tempestive, ut reus id refutare possit, quod cautum Statutis nostris *lib. 3. tit. 19. art. 5.* Authenticum vero ipsum non est necesse ut edatur, sufficit exemplum, quam copiam vocant, addito, paratum esse actorem, ipsum exhibere authenticum, quemadmodum fit omni die; paulo secus Wesenbecius *ad h. tit. n. 13.*

3. (a) Quis Edere debeat, ultro intelligitur, Actor videlicet, * quem paratum esse oportet; nam reus non edit ‡ nisi rationes, causa cognita, *l. 1. C. h. t.* regulariter ad edendum non tenetur, *l. 4. & ult. eod.* quia durum esset, eum cogere, ut actorem contra se ipsum armaret, qui suo arbitratu certamen inchoavit. Excipiuntur argentarii & nummularii, qui, licet rei, suas rationes edere debent, *l. 4. pr. l. 9. §. 2. & l. 10. h.* quia publicum erat eorum officium, & singulorum rationes, qui pecunias apud illos aut deponebant, aut mutuam ab illis accipiebant, conficere solebant. Unde non tam ipsorum, quam singulorum rationes censebantur, *l. 4. §. 1. h. t.* Ab his *Nummularios* distinguit Paulus *in l. 9. §. 2.* Tamen argentarii plura quam nummos curabant, siquidem & venditiones similiaque per eos fiebant, *l. 18. de hered. pet.* Utrique *mensularii* passim vocantur, *l. 47. §. 1. de Pact. &c.* In utrisque eadem ratio fuit editionis, quod non tam suas, quam singulorum rationes conficerent; ideoque singulis eas edere cogebantur, *d. l. 9. §. 2.* Hinc ratio liquet, cur idem plerique ad Notarios, Scribas publicos, Mercatores, Publicanos, Caupones, similesque producant. Procuratores sane, Socii, Tutores, coguntur, non hac, sed suis actionibus, mandati, Pro socio, Tutelæ, *l. 9. pr. h.* Si communia sint instrumenta, ‡‡ edi quoque debent sociis, *l. 7. C. h.* Publici Scribæ & Notarii conveniri equidem possunt, ut instrumenta ab se composita, partibus, & iis quorum interest, exhibeant muneris sui necessitate magis, quam actione ad edendum; nisi forte ob maleficium fraudemque in officio, ab iis, quorum interest, conveniantur. Sic & testamenta omnibus exhibenda, *l. 2. in pr. Testam. quemadm. aper.* Verum nec hoc ad institutum hujus Rubricæ pertinet. At fiscus vere jus habet petendæ Editionis eorum, quæ ad suas causas, licet actor sit ipse, pertinent, *l. 3. h. & l. 2. §. 1. & 2. de jur. fisc.* Idem volunt in favorem dotis piorumque locorum obtinere, quemadmodum Tulden. *ad h. t. n. 3.* quod tamen sine lege vix adfirmare licet.

4. (b) Si quis non edat, a Prætore ‡‡‡ compellitur, *d. l. 9. pr.* & tenetur adversario in id quod interest,

* In his Jus Saxonicum cum civili satis conspirat, *Ord.* autem *Proc. Sax. t. 26. §* Es soll. addit, actorem ad edendum tunc demum teneri, si præsumptiones urgeant, penes eum instrumentum esse, alias, qui editionem postulat, eo nomine alteri speciale juramentum deferre, ac juramentum calumniæ præstare debet, Berlich. *P. 1. Concl. 45. n. 8. seqq.* Carpzov. *l. 3. Resp. 77. n. 17. s. 19.*

‡ Reus Actori indistincte edere tenetur ad fundandam replicam, licet hæc forte pars libelli sit. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 26. §. 1.*

‡‡ Pro communibus Instrumentis habenda sunt, non modo, quorum est communis proprietas aut usus, sed quæ exstare alterius quacunque ratione interest. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 26. §. 1.*

‡‡‡ Apud nos editionem instrumentorum postulaturus, hoc faciat in ipsis articulis probatorialibus, dum ea inducit. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 26. §. 1.* Pars adversa in termino Productionis Instrumentorum aut edat, aut juret, se nec possidere, nec possidere dolo malo desiisse, nescire, ubinam reperiri possunt, probatione pro exoneranda conscientia, aut omnium documentorum suorum productione prorsus explosis. Neutro facto, aut producto plane non comparente, si copiæ adsunt, hæ pro editis & recognitis habendæ; sin desunt, articuli pro concessis reputandi sunt. *d. Tit. §. 2.* Tertius per compulsoriales vel requisitoriales, concesso Spatio Saxonico, citetur, quo elapso aut edat, aut juret, aut mulctam nec minorem,

(a) *Pos. 3. 4. 5. 6.* (b) *Pos. 7. 8.*

tereſt, * *l. 6. §. 4. h.* ut tamen is, qui petit, prius de calumnia juret, *l. 6. §. 3.* In Foro nihil promptius eſt quam exceptionem hac cauſa opponere: tametſi Actorem poſſe cogi a Judice, non eſt dubium. Actionis in id quod intereſt, uſus eſt rarior: Si tamen probari poſſit, nihil obſtare videtur, quo minus æque detur hodie, quam in legibus eſt prodita. Hæc de Editione inſtrumentorum intelligenda; nam ſi *libellus* non edatur, judicium procedere non poſſe manifeſtum eſt, verum inſtantia circumducitur. Quod etiam procedit, quando Actor in Judicio præſens, ſed libellum non habens paratum, intentione ſua verbis expoſita, & audita rei oppoſitione, cum exactione libelli, receperit, ſe libellum proximo *termino* exhibiturum. Id ſi non fecerit, bisque fuerit accuſatus, fit circumductio cum expenſis, quæ alioqui Jure non committitur, niſi Actore penitus abſente, *l. 68. ſeqq. de Judic.* ut *ad tit. de in Jus voc.* diximus.* Ita Curiæ Supremæ Friſiorum placuit, in cauſa Leonhardi *Feenwen*, contra Robertum Thomæ. Excip. 15. *Sept. 1681.*

DE LIBELLO.

5. (c) Libellus, qui præcipue Editur, eſt Scriptura continens intentionem Actoris: Neceſſarius eſt in omni judicio, tam civili quam criminali, *l. 3. de Accuſat.* in ſummariis tamen qualiscunque petitio, ſine ſcriptura quandoque ſufficit, ut Specul. *de lit. cont. §. Nunc dicendum n. 17.* veluti quoties per inquiſitionem proceditur, aut judicis officium extra ordinem imploratur: de cujus generis actionibus agetur *ad tit. de Judic.* Libellus dicitur habere tres partes, narrationem facti, cauſam concludendi, & ipſam concluſionem, quam Dd. *ſyllogiſmum vocant juridicum*; qui in formam ſcholaſticam redactus loco majoris habet cauſam petendi, narrationem facti loco minoris, & tum concluſionem; Ex. gr. Qui emit, & cui res tradita eſt, is debet ſolvere pretium, de quo convenit. Atqui Titius illa die, iſto loco emit talem rem, eique res eſt tradita: Ergo Titius ſolvere debet, & condemnandus eſt. At ſæpe fit enthymema, quando cauſa petendi, juris eſt indubitati, ut in propoſito exemplo. Tulden. ad *tit. C. de Edend. n. 4.* Enimvero ſatius eſt, narrationem facti primo loco exponi; ut enim cauſa juris ac ratio præmittatur, id nimis redolet ſcholam. In ſumma ſequendus cujusque fori ſtylus, qui fere paſſim huc redit; ut in præfatione nomen judicis more conſueto collocetur, tum nomen & Qualitas actoris, deinde rei; fere, quemadmodum de in Jus vocatione dictum eſt *ſuperius*, ac ita porro ad rem, uti dictum. vid. Gail. *1. obſ. 61.* Weſenbec. *h.* D. Schotan. *exam. h. t.*

6. (d) Dividitur vulgo Libellus in ſimplicem & articulatum. Simplex, qui ſerie continua, ſine ulla articulorum diſtinctione, actoris intentionem complectitur. Articulatus contra eſt, qui conceptus & deſignatus eſt certis articulis. Qui termini quamvis in jure non habentur, ſervant tamen ita in Foro, ut in cauſis levioribus (*pleidoijen* vocant noſtri,) ſimplex, in difficilioribus articulatus porrigatur libellus. ** Ratio diſcriminis, quod in his exacte rationes & ad numerum confutari debent, in illis ſummarie reſponderi & diſputari ſufficiat. Vultej. *3. Jurispr. Rom. 29.*

7. (e) Virtutes libelli traduntur hæ, ut ſit aptus, clarus, & certus. Aptus, id eſt ſibi ipſi & negotio conveniens; nam ſi quis ex empto agens præſtationes diverſæ actionis libello proſequatur, is nihil agit: ſi tamen concluſio ſit apta, li-

quinque nec majorem decem thaleris ſolvat, arctioribus tamen compulſorialibus, aut requiſitorialibus ſimul decretis. *d. Tit. §. 3.*

* Apud nos, ſi copia documenti fuerit exhibita, pars, quam præſumtiones urgent, ſub pœna editi & recogniti ad editionem compellitur, niſi jurare poſſit, ſe nec poſſidere inſtrumentum, nec dolo poſſidere deſiiſſe. Imo actor, ſi in edendo contumax ſit, cum actione ſua, ulterius non auditur, *O. d. Pr. Sax. tit. 26. §. 2.* Si copia deficiat, ſub pœna pecuniaria, e. g. 10. aureor. aut deprehenſa edentis paupertate, eorum ſub comminatione carceris, editio injungitur, quæ perſeverante contumacia augetur, Svend. *ad Fibig. Proc. p. 692. ſeqq.* Quod ſi autem comminatio iſta caritura ſit effectu, vel ad inſtantiam, vel ex officio, comminatio poteſt ſententiæ adjici: e. g. daß N. die Doc. ſub A. B. mit der Verwarnung, daß in Verbleibung deſſen die Artickel, bey welchen ſie inducirer, vor eingeraumet gehalten werden ſollen, zu ediren ſchuldig. Menck. *ad O. P. S. t. 26. §. 29.* Q. S. F. Rivinus *ad eund. En. 27.*

** At apud nos articulatus libellus plane non toleratur, ſed ex officio a Judice rejiciendus eſt, *P. 1. C. El. 2. O. P. S. Tit. 5. §. 1.* Carpzov. *ad d. C. El. def. 1.* niſi quod in proceſſu Accuſatorio accuſatori liceat indicia articulis complecti, & libello ſubjicere, ſecundum Carpz. *ad C. def. 3.* Moller. *ibid. n. 7.* Berlich. *P. 1. Concl. 12. n. 20.*

(c) *Poſ. 9. 10.* (d) *Poſ. 11.* (e) *Poſ. 12. 13. & ſeqq.*

bellus

bellus sustinetur. Gail. 2. *obs. 66.* Imo & ineptæ Conclusiones in Foro sæpe tolerantur. Ita qui ad nullitatem contractus agens, ex causa nullitatis petit in integrum restitutionem, agit inepte: Curia tamen ejusmodi libellum admisit; cum apud Sandium 3. 4.12. tum postea, quod meminerim. Alias scio, correum debendi in solidum fuisse conventum tali conclusione, *peto illum ut fidejussorem condemnari.* Curia vocem Fidejussoris omisit, reumque simpliciter condemnavit; quod bene convenit officio judicis, ut ineptiam, quæ abesse potest, emendet. Sed priori exemplo data fuit restitutio, ubi non erant termini habiles restitutionis. Cæterum, Conclusio libelli maxime eget prudentiæ juris, quoniam illa fundamentum est & libelli & totius judicii, quam Dd. stellam polarem vocant, ad quam & judex & litigatores respicere debent. Zas. *ad pr. Inst. de Action.* Donell. *ad l. 3. C. de Ed.* Nec id immerito de causis civilibus prædicatur; In criminalibus conclusio specialis tantæ non videtur esse necessitatis, utique tantæ curæ non eget, cum sufficiat concludere generaliter, ad pœnam Legis secundum merita facti. Mynsing. 4. *obs. 51.* Gail. *obs. 61.*

8. Debet esse clarus Libellus, ‡ ut tamen obscuritas & ambiguitas, quatenus fieri potest, etiam a judice corrigatur, *arg. l. 12. §. 1. de reb. dub.* Huc pertinet, quod nomen actionis exprimi debet, id est causa, unde nomen petitur. Nam sine nomine, id est præscriptis verbis, agere; quanquam moribus hodiernis nullo modo necessarium est, nomen actionis exprimere, modo apta sit narratio facti & Conclusio. Jure Civili etiam in reali actione sufficit, exprimi causam Dominii generalem, in personali, causam specialem exprimi oportet; adeo ut in actionibus in rem nova causa Dominii non faciat novum judicium, sed in personalibus ex novo contractu novatur judicium, *l. 11. §. 5. & l. 14. §. 2. de Exc. rei jud.* quæ res usum habet in danda vel neganda exceptione rei judicatæ. Monet tamen D. Schotanus *hic*, præstare, ut in actionibus in rem quoque, remota causa seu titulus exprimatur, ut ex alia deinde causa petitio renovari possit, qua de re *ad d. tit. de except. rei judic.* Requisitum certitudinis exigit præterea, ut reus intelligat, quid quantumque a se petatur: ideo Libellus nimis ambiguus, aut generalis, merito rejicitur; nec tamen necessum est, ut in hereditatis petitione v. gr. fiat enumeratio singularum rerum hereditariarum, aut in judicio communi dividundo rerum communium, quin & sæpe partem rei incertam recte petimus, *l. 3. §. pen. & ult. l. 6. & l. 76. §. incertæ. de R. V. l. 1. §. ult. Si pars heredit. pet.* quamquam sane qui singulari in rem judicio agit, omnes rei qualitates designare debet, *l. 6. d. R. V.* qua de re *ad tit. de Rei Vindic.* agendum erit. In summa, petitio & distincta, & succincta esse debet, ut & bene exprimat quod petitur, neque superflua sit. Tulden. *ad h. t. C. n. 3.*

(f) Certitudo libelli excludit conditionalem; neque enim potest esse judicium, antequam revera debeatur, *l. 35. de judic.* Alternativus quoque libellus est vitiosus, ‡‡ nisi debitum sit alternativum, *§. 33. I. de Act.* vel etiam dubitetur, qualis actio competat, *l. 1. §. 4. Quod legat.* vel quando Lex jubet alternative agi, ut in *l. 2. C. de Resciend. vendit.* & in hypothecaria, *l. 16. §. 3. de Pignor.* Denique cum una actio alteri surrogatur, vel eam adjuvat, ut de peculio, & in rem verso sit, *§. 3. I. Quod cum eo, qui in al. pot.* & forte in Publiciana, si quando illa cum rei vindicatione concurrat, *l. 1. §. 1. de Public. in rem act.* D. Schotan. *exam. h. t.*

9. (g) Addi solent libello Clausulæ variæ, quæ utcunque minus necessariæ, non sunt tamen inutiles, aliæ licet aliis utiliores. Ejus generis sunt hæ, *Offero libellum non forma solenni* &c. *Nolo adstringi ad superfluam probationem* &c. Etsi enim judicis est statuere, quid & quantum probari debet, *l. 21. C. de probat. l. 3. de Testib. l. 1. ad Sc. Turpill.* tamen si quis facta quædam allegaverit, quibus probandis nolit adstringi, recte id ita cavetur; quemadmodum & prioris clausulæ admonitio suum habet usum, si quod forte

‡ Libellus tam obscurus, & ineptus, ut nullo modo sustinere queat, vel statim ab initio officio judicis, aut in prima sententia rejiciendus, actor in impensas condemnandus, advocatus quinque & amplius thaleris mulctandus, additis sententiæ decidendi rationibus, quod posterius etiam ita servari debet, quoties Exceptio inepti aut obscuri libelli opposita equidem, attamen negligitur *O. P. S. E. I. & E. Tit. 5. 5. 3.*

‡‡ Hic Jure Saxonico, etiam in actione hypothecaria contra tertium, non amplius, ut vitiosus, est rejiciendus, sed officio Judicis continetur, ut secundum jura, non secundum petita pronunciet; ad quod officium etiam pertinet, omissam alternativam petitionem, ubi de jure ea erat opus, in jure dicundo sup-

(f) *Pos. 18. 19.* (g) *Pos. 21. 22.*

minus exacte positam extat; etsi enim officio judicis ea suppleri queat admonitio, tamen non ea tantum servari solent in jure, quæ præcise necessaria, sed & ea, quæ ad certitudinem majoremque securitatem faciunt. Talis etiam hæc est, *Cum expensis*; Nam etsi ex ratione juris ad hoc ipsum judex ultro teneatur, ut victum litigatorem temerarium in impensas condemnet, *l. properandum. 13. §. fin autem alterutra C. de Judic.* haud tamen de nihilo est, quod Pragmatici tradunt, judicem non esse obnoxium actori, si reum non condemnaverit in expensas, hujusmodi clausula non petitas, Marant. *p. 6. de Libel. oblat. n. 17.* quod etiam in Curia Frisiorum servatur, ut impensæ non petitæ nec adjudicentur, etsi alioqui ex natura negotii adjudicandæ forent. Est & clausula salutaris, ‡ quam vocant; *Omni meliori modo petens jus & justitiam sibi administrari; judicis officio implorato.* Denique sic monent in fine subjiciendum, *Salvo jure addendi, detrahendi.* Enimvero libellum ipso jure mutare & emendare licet, ut mox videbimus. Ideo & hæc & reliquæ clausulæ abesse possunt; ineptæ tamen omnino non videntur, ut censet D. A. Matth. *disput. 6. de judic. th. 24. & seqq.* Ab Advocatis nostris plerumque omittuntur, aut verbo demonstrantur, excepta *de expensis*, & Implorati Judicis officii, quas judicam esse necessarias, *vid.* Matth. *disput. 6. de jud. §. 24. & seqq.*

10. (h) Occurrunt hic duæ Quæst. Prima est, an plures actiones uno libello cumulari possint; * quod communiter affirmatur, per *l. 1. §. 4. Quod Legator. l. 35. §. 1. D. Locat. l. 12. §. 1. de Acquir. poss. l. 18. §. 1. de vi & vi arm.* Alii fortiter negant, per *l. 76. §. pen. d. l. 2. l. 6. de except. rei jud. l. 34. de O. & A.* Prior sententia, ut dixi, communis est, de altera vid. A. Matth. *6. de Judic. 26.* Wissenb. *ad h. t. th. 10.* Existimo recte se habere communem, modo concedat, alterutram duntaxat effectum habere posse, adeoque ut alternative proponantur. Nam textus dissentientium nihil probant, quam duas simul effectu potiri non posse, quod verissimum est. Fit igitur duplicatio seu cumulatio, cum dubitatur, qualis actio competat, *l. 1. §. 4. Quod legat. l. 17. pr. de præscr. verb.* ubi de habitatione gratis concessa agitur commodati. Sed quia dubium est, an commodati justa sit actio in hoc articulo, additur actio, præscriptis verbis. Datur & conjunctio manifesta, quando una actio supplet alteri us defectum, quomodo concurrunt actio de peculio & de in rem verso, *§. 4. Inst. Quand. ex fact. cor. qui in al. pot.* ubi diximus. Sic etiam Publiciana, cum rei vindicatione conjungi potest, ut videbimus ad *tit. de Public. in rem act.* Fieri quoque potest, ut ab actione instituta regrediatur quis ad diversam petitionem, veluti a petitorio ad possessorium; si quis videat, se defectu dominii probandi laboraturum, & sic capienda *l. 18. §. 1. D. vi & vi arm.*

Hæc ita de cumulandis actionibus ad unam petitionem spectantibus. Nam si diversæ petitiones sint, quibus ex diversis causis ad diversas res agatur, ne hoc quidem dubium est, quin cumulatio fieri possit uno libello, ut in foro quotidie fit, quando pluribus instantiis uno processu agitur, quod cur juris civilis ratio prohibeat, cum

plere, ex præscripto *O. P. S. E. I. & E. Tit. 5. §. 2. coll. §. 3.* ubi de Libello in Provocatione ex L. Si contendat oblato, in quo provocans impositionem æterni silentii petiit.

‡ Libelli, neglectis juris subtilitatibus, si facti narrationem rite præmissam contineant, omissa licet clausula salutari, omni modo sustinendi sunt, wenn auch gleich z. E. durch Versehung des Advocati in causa executiva zugleich Antwort und Einlassung, oder in ordinaria nur Recognition gefordert worden. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 5. §. 1.*

* Jure Saxon. Elect. conjungi possunt plures actiones, contra eundem reum ex eadem causa competentes, *O. P. S. Tit. 5. § 3.* ibique Philipp. *Consid. 6.* si vero actiones ex diversis agendi causis oriantur, contra eundem quoque reum, ad evitandam confusionem, in uno libello, non plures quam tres, ‡‡ possunt institui, *d. §. 3.* Secus tamen est 1) in concursu creditorum, quando creditores ad liquidandum sunt citati, *d. §. 3.* Carpzov. *P. 1. C. 2. def. 6.* 2) in causis mercatoriis, *Ord. Mercat. Lips. tit. 6. j* Philipp. *add. Tit. 5. consid. 2* 3) in controversiis de operis rusticorum, *d. §. 3.* Berlich. *P. 1. Concl. 12. n. 11.* & 4) in causis pauperum, Rivin. *Spec. Except Dilat. c 2. n. 7.* ubi præjud. His enim casibus plura quoque capita ex diversis causis descendentia eodem libello possunt comprehendi.

‡‡ Nunc plures tribus ex diversis causis oriundæ actiones, contra unum reum in uno libello cumulare, licet, modo hæ causæ omnes uno genere processus contineantur, nec forte insignis confusio metuenda sit, de qua res in prima sententia simul pronunciandum. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 5. §. 2.*

(h) *Pos. 23. 24. 25.*

ad liti-

ad litigandi compendium faciat, non apparet. Vide Gail. *lib. 1. c. 63.*

11. (i) Altera quæstio est, an liceat corrigere libellum in substantia causæ, seu *mutare*, ut loquuntur: verum huic quæstioni satisfactum est *Part. I. Lib. IV. Tit. 6. n. 35.* ubi vide. (*) Summa fere huc redit; Emendationem erroris, qui rem totam non mutat, post litem contestatam fieri posse: Mutationem vero, quæ rem penitus diversam efficit, ut si alia plane res, vel ex diversa omnino causa petatur, non admittendam, nisi causa de integro agenda, sic, ut actor novam reo actionem edat, novumque permittat deliberandi spatium, denique & impensas male motæ litis refundat, secundum *l. 3. C. de Edend. Nov. 53. c. 3.* Ita potest *mutare* libellum, *d. §. 35.* quod hactenus tantum differt a novo judicio, quatenus nova in jus vocatione non est opus, sed in continenti cuncta apud eundem judicem, ac ita quodammodo *in eodem judicio* retractantur; sed tamen ut nova sit opus instantia. Nec est ejusmodi jus hoc, ut de eo causam conquerendi actor habeat. Nam aut post litem contestatam jus actoris ipsum ita vere mutatum est, aut aliud pro alio dixit actor; opinionis errore ductus. Si mutatio vera post litem inchoatam evenit, applicabitur id, quod est *in l. 23. de Judic. Non potest videri in judicium venisse id, quod post litem contestatam accidit, & ideo nova interpellatione opus est.* Si vero per negligentiam perverse egerit Actor, vix est, ut ignoscendum sit ei, quod tantum rem tam negligenter agendam putaverit, meritoque ei objicietur, quod est in *l. 18. de Comm. divid. Potestas judicis non potest excedere id, quod in judicium est deductum.* & de quo lis contestata non est, id dici nequit in judicium esse deductum, *l. un. C. de lit. contest.* Atque hæc est communis sententia, juri, ut opinor, consentanea, & in foro quoque recepta, teste Sandio *l. 1. Decis. 4. defin. 2.* Tuldenus tamen ad *Cod. h. t. n. 8.* existimat, etsi juri stricto illa sint convenientia, cum tamen hodie tam sumptuosa & lenta sit judiciorum via, posse judicem, qui animadvertit, actorem probasse, aliud, aut ex alia causa sibi deberi quam petierat, id potius illi adjudicare debere, sub onere tamen expensarum potius, quam ut eum novi judicii telam jubeat ordiri. Unde & illorum sententiam commendat, qui permittunt judici ex officio injungere libelli declarationem, utque ad rectæ conclusionis formam reducatur. Sic fere Tuldenus: quæ etsi æquitatis specie blandiuntur, nihil tamen est causæ, cur a communi Sententia sit recedendum: Primo enim, jura vigilantibus: actori non est indulgendum, qui tam temere, non modo causæ meritis, sed nec ipsius rei factive circumstantiis prius exploratis, ad litigandum processit; nam si res vere mutatæ fuerint, ipse fatetur Tuldenus eam mutationem, lite contestata, inseri non posse libello. Dein, cum defensio hinc inde concepta fuerit, secundum hypothesin, quam actor ab initio proposuit, non sufficit actori permitti libellum, uti mutet; nisi & Reo copia fiat, suam defensionem retractandi, & sic totam disceptationem repeti ac retractari oportebit; alioqui reo non levis fieret injuria, si minus ei quam actori tribueretur. Sed quæ deformitas hæc erit in judiciis, in libello causæque disceptatione agi de alliis, & in probationibus actorem loqui de cæpis! Longe rectius, nisi fallor, in foro Judices non ferunt, post interlocutoriam alios poni articulos probationis causa, (k) quam de factis ante interlocutionem ventilatis; alioqui chaos erit,

Obstabitque aliis aliud, & corpore in uno
Frigida pugnabunt calidis, humentia siccis.

12. Cæterum, pro emendatione habetur, si quis plus minusve petierit, quam debetur; hoc tam post, quam ante litem contestatam, ad verum reduci potest, *§. 33. & 34. d. t. de Action.* salva instantia. Plus petitur quatuor modis: Re, loco, tempore, causa, *d. §. 33.* Re, veluti cum is, cui *decem* debentur, petit 20. Loco, cum is, cui Romæ debetur, petit Ephesi. Tempore, quando quis ante diem vel ante conditionem petit, *d. §. 33.* accurate tamen, petens ante conditionem, potius nihil agere, quam plus petere dicitur, *l. 213. de V. S.* Causa plus petit, qui debitori aufert electionem, veluti, cum certa species petitur ab eo, cui res in genere, aut alternative debetur; est enim hic debitoris, eligere, quid, aut utrum præstare velit, *l. 10. in fin. de Jur. dot.* & vilissimum præstando liberare se potest, *l. 52. Mand. l. 49. de V. O.* Qui non corrigit, sed in plus petendo persistit, in triplum tenetur, *§. 24. I. de Action.* nempe si plus re, vel causa, dolo malo petierit. Si tempore plus petat, damnatur in impensas, & debitori tempus duplicatur, *§. 12. I. de except.* Quid juris sit, quando quis

* Usus Saxon. additus fuit, *d. l. p. 421. in not.*
(i) *Pos 26. 27. 28.* (k) *Pos. 29. & seqq.*

do quis loco plus petit, videbimus ad *tit. de eo, quod cert. loc.* Adde Part.I.Lib.IV.Tit.6. *de action.* n. 35.

13. (l) Jus futurum regulariter libello inseri non potest: nisi pendeat a jure præsenti, ut cum debitum variis pensionibus solvendum petitur totum, licet una tantum pensio cesserit: Condemnatio in totum fieri potest, ut tamen executio reliquarum pensionum differatur; Et hoc fine libellus potest esse generalis, Sand. *lib. 1. tit. 4. def. 3. d. tit. 4. def. 1.* Postremo notandum, si reus, oblato libello & genere intentionis cognito, se paratum dicat solvere, sed tempus sibi ad conficiendam solutionem dari petat, audiendum esse; neque enim magnum damnum est in modico temporis spatio, ut diximus ad *§. ult. Inst. de inutil. stipul.* modicum spatium aliqui dicunt idem esse, quod post condemnationem reis indultum est, quadrimestre scilicet; haud temere, *l. 21. de Judic. l. ult. C. de usur. rei jud.* At hoc tempus cum hodie non fit in usu, reliquum est, ut id æquitati partium & arbitrio judicis committatur. *Interpp. ad d. §. ult.* Atque ita hodie omni die necessitas accipiendi libellum eique respondendi evitatur.

TIT. XIV.

De Pactis.

I. *Continuatio.* II. *Definitio pacti ejusque exegesis* cum discrimine a pollicitatione, contractu innominato, & a stipulatione. III. *Divisio in publicum & privatum, in Juris Gentium & Legitimum, in Expressum & tacitum.* IV. *Divisio, in Rem & in personam.* V. *Divisio Pactorum in solitaria & Contractibus adjecta.* VI. *Subdivisio Pactorum contractibus adjectorum.* VII. *De effectu Pactorum, quod pariant exceptionem.* VIII. *Ubi contra Mæstertium disputatur.* IX. *Pacta Legitima producere actionem.* X. *Ut & in continenti adjecta b. f. contractibus, non stricti juris.* XI. *Quid moribus.* XII. *Qui possint pacisci.* XIII. *De quibus rebus pacisci liceat.* XIV. *Quibus modis pactum dissolvitur.*

(a) QVanquam de Pactis & de Transactionibus, quæ nunc in ordine Justiniani sequuntur, locus erat proprius inter obligationes, ratio tamen, cur heic loci de illis agendum visum fuerit, duplex reddi potest, si non optima, saltem probabilis. Prima sic est: Apud prætorem actione edita, reus exceptiones suas proferebat, quas Prætor formulæ, secundum quam judex pedaneus judicaret, inserebat, maxime in stricti juris judiciis; quarum frequentissimæ erant pactorum & transactionum. Ratio altera potest esse, quod spatio partibus ad deliberandum dato, lites pactis & transactionibus sæpius occupabantur atque sopiebantur.

2. Pactum, (b) est duorum vel plurium in idem placitum consensus, *l. 1. §. 2. h.* idemque est cum pactione, *l. 3. de pollic. l. 15. de præscr. verb.* Si quod discrimen, ut sunt qui volunt, fingi deberet, hoc esset; quod Pactio sit ipsa conventio, Pactum id quod convenerat, *l. 1. §. 1. h.* Sed & Pactum est ipsa conventio, *d. l. 3. in pr.* Promiscue pactum & pactio ponuntur in *l. 15. de præscr. verb. l. 7. §. 4. & 5. h. &c.*

SCHOLIUM.

Doctrina de pactis, uti in foro utilissima, ita tum propter ambiguitates varias, non solum pacti, *sed &* pacti nudi, *& reliquarum pacti specierum, tum propter diversas JCtorum, ex quibus Digesta sunt collecta, sectas & hypotheses, cognitu est difficillima, cum nulla fere thesis in hac materia occurrat, in qua non JCti moderni dissentiant. Præprimis: an* pactum unquam sub se comprehendat contractum? An recte dividatur in nudum & vestitum? Quænam pacta dicantur adjicientia, quænam detrahentia? Quænam sint pactorum adjicientium & detrahentium species? *(quam inter summe intricatas esse numerandam, fatebitur, qui Franzkium accuratissimum, explicatione tamen sua* ad ff. de contrah. emt. *potissimum* n. 354. seqq. *rem obscuram magis obscurantem, evolverit.)* An pacta adjecta insint etiam contractibus stricti juris? *& infinita alia, quod maxime patebit conferenti Autorem cum doctoribus hinc inde allegandis. Sed cui usui? In jure Romano equidem scopus erat potissimum duplex, (1) ut scirent, competeretne ex pacto actio, annon. (2) qualis actio competeret, utpote in libello exprimenda. Sed cum moribus nostris omne pactum nudum actionem producat, & insuper nomen actionis in libello non debeat exprimi, secure diffi-*

(l) *Pos. 30.* (a) *Pos. 1.* (b) *Pos. 2. 3.*

cultatibus istis, quæ circa divisionem 1. 2. & 5. *pactorum moveri solent, carebit juris studiosus ad praxin intentus, & adeo ipsi satis erit, quamcunque hypothesin in dictis quæstionibus foveat, dissensus aliorum saltem historice scire.*

RESPONSIO.

Præmissis non malis, conclusio minus recta adscribitur. Totum Jus connexum est, nec quod in usu temporum est, bene scitur, nisi & ea, quæ obsoleta habentur, intelligantur; præter quod in his ipsis multa, quæ contractibus applicari possunt, inveniantur. Recta ingenia non sunt contenta scire, quid alii de celebribus Juris Quæstionibus sentiant; ipsa cognoscere & eligere volunt, ac debent.

N. ADDIT.

Mihi vero mirum videtur, quomodo præmissis non malis conclusio minus recta adscribatur ab Autore. Et necesse est, ut, si sensum habere debet ista phrasis, vel ego vitium in forma commiserim intuitu formandæ conclusionis, vel Autor contra regulas bonæ disputationis, concessis præmissis negaverit conclusionem. Age videamus. Præmissa a me formatæ, quas Autor concedit, sunt istæ: Juris Studiosus ad praxin intentus contentus est, saltem historice scire dissensus JCtorum in controversiis, obsoletis Juris Justinianei, quæ moribus Germanorum nullum habent usum. Sed controversia in Scholio recensitæ de pactis tales sunt. Si igitur hæ præmissæ non malæ sunt, ut Autor concedit, necesse est, ut & conclusio recte se habeat, quod Juvenis ad praxin intentus, contentus sit, saltem historice scire dissensus JCtorum in controversiis recensitis. Jam vero facile erit ad ea regerere, quæ Autor loco responsionis ad rationes nostras pro probanda sua opinione contraria affert. 1. Utinam totum Jus Romanum connexum esset. Utinam a Papiniano quodam in formam artis esset redactum. Jam quomodo hoc loco connexitatem juris urgere posset, cum in Scholio conquestus fuerim de diversis sectis & hypothesibus in hac materia JCtorum Romanorum, & inde ortis diversis interpretationibus JCtorum modernorum? 2. Si Mores Germanici ortum ducerent ex Jure Romano, urgeri forte posset, quod in usu temporum est, non bene sciri, nisi & ea, quæ obsoleta habentur, intelligantur. Nunc, cum jus Romanum in Germania nunquam valuerit, nisi ex receptione, & Germania temporibus antiquissimis ante Justinianum & JCtos, quorum fragmenta in Pandectis sunt, differentias pacti nudi & Contractus ignoraverint, non apparet, quomodo jus Romanum de pactis, intuitu juris Germanici possit obsoletum vocari. 3. Etsi forte concedi possit Autori, quædam esse in his ipsis quæstionibus, quæ contractibus applicari possint, v. g. de pactis adjectis, hoc tamen ipsi parum proderit, cum & ex his doctrina de contractibus non possit illustrari, præprimis quoad mores patrios. 4. Recta ingenia quidem in rebus utilibus non sunt contenta scire, quid alii de celebribus Juris quæstionibus sentiant; ipsa cognoscere & eligere volunt, ac debent. Sed jam loquimur de quæstionibus inutilibus, & de ingeniis ad usum intentis, ubi de talibus sollicitudo index potius curvitatis est, quam rectitudinis.

Differt a pacto pollicitatio, quod hæc sit offerentis solius promissio, ut tamen si acceptata fuerit, in conventionem transeat, *d. l. 3. & l. 5. C. de contrah. & commit. stipul.* Pollicitatio talis, antequam acceptata sit, non obligat, nisi in favorem Reipubl. ut ad *d. tit. de pollicitat.* erit dicendum. Grotius hoc discrimen pacti & pollicitationis, ponit in verbis vernaculis, *Belofte, toezegginge, lib. 3. introd. c. 1.* ut prior vox significet pollicitationem, posterior pactum: sed invito vernaculi sermonis genio, ut vel ex vulgato proverbio, *Belofte maekt schult*, intelligi potest. Pactum generaliter sumptum, æque late patet atque conventio, *h. l. 1. §. 2. l. 3. & l. 15. de. præscr. verb. l. 20. C. h. t.* Goedd. *ad l. 19. de V. S. n. 30. & seqq.* sed stricte pactum opponitur contractui, & est conventio carens nomine & causa, *l. 7. §. 1. & 2. h.* hoc sensu dicitur nudum, *l. 7. §. 4. vid. l. 9. in fin. de novat.* Aliter Wissenbachius noster, qui nullam pacti, quam strictam intelligit significationem, ad *h. t. th. 1. & 2.* Observandum est, JCtos tres conventionum statuere quodammodo gradus; primum, quando in *contractus* nomen incidunt; secundum, cum nomine deficiente, traditio tamen vel factum aliquod *causam* conventioni præbet; tertium, quando nec ullum nomen, nec causa subest: & hoc quidem, nomine causaque destitutum, constanter reperitur *pactum nudum* a JCtis appellari, oppositive ad *συνάλλαγμα*, sive contractum, *l. 7. §. 1. 2. 3. & imprimis 4. h. t.* Nempe generaliter conventiones ita sunt discretæ, ut quæ frequentiorem & prope quotidianum inter cives usum habent, contractus nominati dicantur, & quæ rariorem, innominati; ceteræ, quæ contractuum nomen & vim non obtinent, pacta nuda appellentur. Nominati porro contractus ab innominatis non

certe nominum discrimine, quod in morali disciplina absurdum foret, sed re, nominum discrimine significata, differunt. Nam quia crebri erant & necessarii quidam contractus, ideo determinatam certamque legibus naturam, & nomina certa acceperunt, ideoque nominati dici cœperunt. Sed reliqui rariores, nec ejusmodi definita natura, nec ordinariis actionum formis sunt instructi, nec specificis quidem appellationibus sunt distincti, sed per circuitum & periphrasin soliti sunt designari, ut, *do ut facias, facio ut facias, facio ut des*. Jam ex nominatis contractibus, ut actionem producant, alii sola conventione sunt contenti, quidam traditionem requirunt. In Conventione sola subsistunt Emptio venditio, Locatio conductio, Societas, Mandatum: Cur autem his potius quam aliis conventionibus hoc sit datum, ut nudo consensu obligationem pariant, nulla videtur alia reddi posse ratio, quam quæ in prioribus est insinuata; quotidianus earum usus ac necessitas. Per *causam*, quæ secundum discrimen contractus a Pacto constituit, intelligitur datio, vel factum. Porro, si quis ex pacto convento quid præstiterit, sive id in facto sive in traditione rei consistat, hoc animo, ut alius vicissim sibi quid præstet, tunc ratio non permittit, ut is, in cujus gratiam tradita res, vel factum est impletum, suis partibus desit, sed cogendus est reciprocæ conventioni satisfacere: quod & civili & naturali ratione nititur; nam qui cum aliena jactura locupletari cupit, furti instar committit, *arg. l. 206. de R. J.* & qui ob causam quid accipit, nec tamen eandem implet, in dolo hærere dicitur, *l. 17. §. penult. de instit. act.* Talis autem sine dubio is est, qui patitur pactionem ab alio impleri, & ipse tergiversatur. Recte igitur Aristo apud Ulpianum, *l. 7. §. 2. h. t.* respondit, si causa facti vel traditionis subsit, esse obligationem, ut puta; dedi tibi rem, ut mihi aliam dares, dedi, ut aliquid facias, hoc συνάλλαγμα, id est contractum esse, & hinc nasci civilem obligationem. Secundum quæ Impp. in *l. 10. C. de pact.* rescripsere, quod dici solet, ex pacto actionem non nasci, tunc eo jure nos uti, cum pactum *nudum* est; alioqui cum pecunia datur, (secus cum promittitur,) & aliquid de reddenda ea convenit, utilem esse condictionem, neque enim pacto amplius, sed contractu innominato adversarium habent devinctum; *l. 6. C. de transact.* Ex quibus intelligitur, *omne pactum ab altera parte consummatum, transire semper in obligationem innominatam*, & actioni præscriptis verbis esse subjectam. Quare qui diligenter observat hoc geminum discrimen inter pactum & contractum, naturam pacti satis intelliget: ac ita poterit definire pactum, quod sit *Duorum vel plurium in idem placitum consensus, qui nec habet nomen certum, nec ab alterutra parte impletus est.* At operæ pretium est, addi discrimen pacti a stipulatione, paucis; nam ex professo dictum est ad *tit. l. de verb. obl.* Pactum est promissio, quæ fit simplicibus & vulgaribus verbis; stipulatio conceptis & solennibus. Pactum fit etiam inter absentes, Stipulatio verbis tantum inter præsentes. Pacta adhibentur ad constituendam materiam conditionesque contractuum, stipulatio confirmabat omnia & obsignabat, quemadmodum *d. princ. & th. 2. Inst. de V. O.* expositum est.

3. (c) Hæc ad definitionem Pacti; sequuntur divisiones, quarum præcipuæ sunt hæ: I. Pactum est publicum vel privatum; Publicum, quod aut per pacem fit inter summas potestates, aut inter duces belli de Publicis rebus, sine mandato summæ potestatis, *l. 5. h.* in qua *l.* particula & ante *quotiens* exaudienda est, ut videtur. Ait Ulpianus; *Publica Conventio est, quæ fit per Pacem, quotiens inter se duces belli quædam paciscuntur.* Primo non est pax latine, quælibet conventio inter duces belli, nec duces soli pactiones publicas faciunt, sed & Principes vel summæ Potestates. Ergo duæ species publicarum Conventionum indicantur ab Ulpiano, Principum populorumve liberorum, qui faciunt Pacem, & Ducum belli, res alias paciscentium. Particulam conjunctivam ET, exigeret quidem litera textus; Cui tamen est religio Florentinæ Lectionis absque necessitate mutandæ, potest signo *commatis* esse contentus. Ziegleri ad Grotium *lib. 2. c. 15. §. 1.* quem citat Thomasius ad *pos. 4.* emendatio, pro his verbis, per *Pacem*, legentis per *Principem*, ut minime necessaria, suo loco relinquatur. (d) II. Divisio. Pactum est vel juris Gentium vel Legitimum.

SCHOLIUM.

Proponit & hanc divisionem, sed paulo aliter explicat Dn. Schilter. Ex. 8. th. 9. th. 10. seq. *Alii pactum Legitimum vocant* vestitum, *& pactum Juris Gentium* Nudum, *quod displicet Wissenb.* hic, th. 3. *& aliis a Schiltero* th. 12. *citatis*, *qui*

non

(c) *Pos. 4.* (d) *Pos. 5.*

non male subjungit : Nos intellectis rebus, in verbis faciles sumus.

RESPONSIO.

Divisio satis perspicua est; Vestiti *appellatio recte displicet Wissenbachio; est enim insulsa, tametsi res coincidat cum nostra divisione* quinta. *Nec sumus in verbis difficiles, ut tamen ineptiis abstinere satius ducamus.* Nudo, τῷ ψιλῷ, vestitum *opponere, sine exemplo, nimis est frigidum.*

N. ADDIT.

Etsi meum Scholium satis declaret, me hic malle neutras partes sequi, quam eos defendere, qui terminum pacti vestiti invenerunt, regerendum tamen aliquid erit Autori, nec neutras partes tolerare, ut videtur, volenti: Si jocari voluissent Autores illius termini, forte opponi ipsis possit, ineptias eorum esse nimis frigidas, nunc cum distinctione magisteriali, ut vocant, voluerunt diversos pactorum conceptus exponere, frigiditatis objectio aliis facile intempestiva videri posset. Fateor, pacta esse entia, quibus proprie vestimenta non competunt. Sed non prohibitum est, in distinctionibus conceptuum uti terminis metaphoricis. Et hoc intuitu etiam non ineptum foret, quod alii urgent, nudæ voluntatis opponere vestitam, quam tamen alii jure suo etiam non nudam, loco vestitæ appellare poterunt. Quid frequentius, quam distinctionem inter materiale & formale applicare ad jura etiam, quæ tota, quanta quanta sunt, sunt immaterialia? Si has ineptias toleramus, cur moveremur audiendo pactum vestitum?

Juris G. est, quod communiter intelligimus, de quo Ulpianus in *l. 1.* hujus æquitas *naturalis est*, sive juris Gentium, *l. 1. in pr. h. t.* Legitimum, quod lege aliqua edictove confirmatum est, *l. 6. h.* cujusmodi pactum pignoris sive hypothecæ, & dotis, *c. 17. §. 2. h.* ubi, *de pignore jure honorario nascitur pacto actio*, quæ verba frustra sunt qui vellicant; *pactum jure prætorio munitum parit actionem*, quid in eo insolens aut obscurum? Adde Constitutæ pecuniæ, *l. 1. de constitut. pec.* Pactum donationis, *l. 35. §. ult. C. de don.* Pactum dotis, & similia.

III. (e) Pactum est vel Expressum, vel Tacitum, *l. 2. & l. 4. h.* Illud, quando clare convenit; tacitum, quod ex voluntate præsumpta colligitur; veluti, quando creditor debitori cautionem, *licet unam ex pluribus*, reddit, nisi aliud actum sit; convenisse enim tunc videtur, ne debitum petatur, *d. l. 2. §. 1.*

(e) *Pos. 6. 7.*

SCHOLIUM.

Consentit Wissenb. th. 14. Strauch. XII, 5. Mihi placuit contraria, per ea, quæ dixi ad Strauch. d. l. p. 142.

RESPONSIO.

Utitur illic argum. l. ult. de his, quæ in testam. del. *& quod creditor chirographum tradendo, se probandi medio privet, quod in altero chirographo adhuc ei superfit. Ego ita existimo, non tam hanc esse causam, quod probandi instrumentum amittat Creditor, (hoc enim ad obligationis causam non pertinet,) quam quod tacite promittat, se non petiturum. Tradendo unum chirographum, aliquid agere voluisse videtur; hoc autem esse, ait Lex, tacitum pactum de non petendo, l. 2. §. 1. h.*

N. ADDIT.

Hic igitur Autor (1) *nihil respondet ad* arg. l. ult. de his, quæ in testam. del. (2) *Sine causa opponuntur tacita promissio de non petendo, & privatio spontanea medii, id quod debetur nihi, probandi. Quin potius in hac spontanea privatione nititur promissum tacitum, & quod per spontaneam privationem illius medii probandi, i. e. per traditionem chirographi unici, creditor aliquid agere voluisse censeatur, scilicet tacite pacisci de non petendo, quod lex Romana non jubet, sed docet ex natura negotii. At, inquis, etiamsi sint plures chirographi, & creditor unum tradat; etiam aliquid agere voluisse censebitur. Utique, sed non hoc, quod debitum petere nolit, sed potius illud, ut debitorem securum reddat, ne idem debitum bis petatur.* Adde Struv. resol. ad exerc. 6. th. 34.

Sed distinguendum heic, opinor, inter vim taciti Pacti, & præsumptionem solutionis, quæ ex chirographo apud debitorem existente præsumitur. Nam vis tacita conventionis supponit, de facto traditi chirographi constare: hoc factum, etsi e duobus alterum sit traditum, arguit, non de nihilo id esse actum, sed ad liberationis præsumptionem inclinandum. Quando chirographum simpliciter apud debitorem absque apocha reperitur, neque de facto traditionis constat, in dubio præsumitur quidem solutio facta, sed hoc aliis præsumptionibus aliquando refellitur & enervatur: si probabilis ratio, per quam instrumentum aliter in manus debitoris venire potuerit, appareat. Ac ita judicatum in Curia nostra, refert Nauta Senator in *Decis. MSS.* die 20. Septembr.

1641

1641. Chirographum erat inventum inter res debitoris recens defuncti, qui fuerat cognatus Creditoris etiam defuncti. Heredes condemnati sunt ad solvendum, quia nec de solutione, nec de traditione chirographi liquebat, & debitor ex ædibus cognati defuncti chirographo potiri potuisse videbatur, in causa *Houwercke Rinnerts cum soc. contra Gerryt Lous.* Meo tempore in casu plane simili, sub juramento purgationis reus est absolutus, imprimis quia præsumptionibus de voluntate defuncti adjuvabatur, in causa *Jorit Hoppers, contra Wiintje Pieters,* ante *Festum O.S. 1651. quod exemplum plenius expositum est in Jurispr. Hol.* part. 1. lib. 3. c. 21. n. 13. Eodem tempore debitor alius exhibens chirographum, tamen condemnatus est, quia fuerat substitutus Curator pagi, ad quem jus crediti pertinebat, eaque occasione Chirographum adeptus dicebatur, cujus ipse contrarium docere non poterat. Alioquin ubi nullæ præsumptiones sinistræ debitori obstant, exhibitio instrumenti solutionem præsumptam infert, maxime si chirographum sit cancellatum, *l. 24. de probat.* Wissenbach. *th. 15. h. t.* ubi respondet ad *l. 82. §. fin. de Furt.* Sic a Curia nostra judicatum apud Nautam reperio, *decis. 145.* in causa *Florentii Merici cum sociis, contra Allardum Petrum a Jongestall,* ante magnas ferias 1644. Actores petebant pretium agri pro mensura supra conventionem reperta, quod sibi negabant esse solutum, instrumento simpliciter apud debitoris heredem extante, sine sequiore præsumptione; Reus absolutus est. Cæterum, redditio pignoris nil nisi jus Pignoris remissum arguere, docet *l. 3. eod. h. t.* quæ fortem, reddito pignore, negat esse remissam; quo minus ipsum pignus remissum censeatur, nihil obstare potest, non utique *Lex 9. C. de Remiss. pign.* quæ remissionem pignoratitiæ obligationis inde colligit; *si mancipia, quæ pignori fuerant data, hac mente socero tuo tradidisti, ut pignoris vinculum dissolvatur.* Puto explicari potius, quid redditio pignorum arguat, quam ut inde quicquam a contrario sensu colligi possit; plures tamen habet responsiones D. Wissenbach. *th. 16. h. t.* quarum sufficere putamus ultimam. Cæterum, de præsumpta solutione fari, quam omnino a tacita conventione distingvi oportet, alia dabitur occasio.

4. IV. (f) Pactum quoque in Rem est, vel in personam; in Rem, quoties generaliter paciscor, ne petam; in Personam, quoties ne a certa persona, veluti, ne a Lucio Titio petam, *l. 7. §. 8. h.* Si tamen conventio fiat in ipsam rem, aut obligationem, licet mentio personæ, ad quam verba dirigantur, fiat, pactum nihilominus reale est, veluti, profiteor te non teneri, *l. 40. pr. h. t.* Reale pactum prodest heredi & fidejussori, personale non æque, *l. 40. & l. 25. §. 1. eod.* nisi per consequentiam, quatenus fidejussor ante principalem debitorem conveniri nequit, ob beneficium ordinis, *Nov. 4. cap. 1.* aut cum tertius possidet hypothecam a debitore obligatam, cui prodest pactio personalis de non petendo, adversus creditorem hypothecaria agentem, *d. Nov. 4. cap. 2. l. 5. pr. Quib. mod. pign. solv.* Sand. *3. 12. 21.* Sic non opus est † Scholio, quod subjecit D. Thomasius posit. 8. sed movet aliud.

(f) *Pos. 8. 9.*

† N. ADDIT.

Forte tamen opus fuisset, cum Scholium illud clarius exprimat differentiam pacti realis & personalis. Igitur apponamus. Ita vero scripseram: *Sed unde dijudicare potero, utrum pactum personale sit, utrum reale? Sane adjectio personæ non statim personale facit,* d. l. 7. §. 8. h. t. *pro regula tenendum, pacta quævis sua natura esse realia, & horum effectus ad heredes & successores transire, sive horum mentio facta sit, seu minus. Igitur & personalitas pacti ex mentione personarum simplici non est arguenda, sed ex peculiari adjectione expressa, vel ex facto ipso tacite colligenda. Dn. Schilter* th. 13. & 14. *Faciunt* l. 40. in pr. ff. h. t. (*ad quam tamen vide Wissenb.* th. 6.) l. 17. §. 3. eod. *quam optime exponit Dn. Schilter.* d. th. 13. pag. 117. l. 5. pr. quib. mod. pign. *Adde Sand. III. 12. 21.*

SCHOLIUM.

An detur pactum mixtum? *Doctores variant; Neg.* Wissenb. th. 5. Strauch. XII. 5. p. 207. *qui & respondent* ad l. 57. §. 1. h. t. *Aff. videtur Dn. Schilter* d. th. 14. p. 119. *Lis est in acceptione vocis; si pactum in genere, tam obligatorium quam liberatorium, in reale & personale discernas, dabitur mixtum. Si liberatorium saltem, non dabitur. JCtus equidem ad liberatoria respexit* in l. 7. §. 8. h. t. *non tamen, ut videtur, animo definiendi, quam potius exempla divisionis adducendi.*

RESPONSIO.

Certum est, in Jure mixta pacta non memorari, siquidem in *d. l. 57. §. 1. potius est subdivisio pactorum personalium, quæ sunt vel a parte Creditoris, ne is possit, heredes ejus petere queant;*

vel

vel a parte debitoris, ne ab ipso petatur, ab heredibus ejus peti possit. Quo sensu Scholiastes pacta in genere accepta credit esse mixta, non satis perspicue.

N. ADDIT.

Imo vero non solum non satis perspicue locutus sum, sed & plane aberravi, partim dum verba Schilteri ita accepi, ac si a Wissenbachio & aliis hac parte dissentiret, partim, dum distinctionem inter pactum liberatorium & promissorium ad casus d. l. 57. §. 1. *applicare volui, cum tota lex loquatur de pactis liberatoriis. Igitur non solum gratiæ debentur Autori mitiori censura utenti, quam mea supinitas merebatur, sed & ingenue confitendus error, nescio quibus ex circumstantiis tum ortus, adeoque totum Scholium est expungendum.*

Intelligitur autem, huic divisioni affinem esse differentiam Pactorum, in *promissoria & liberatoria*, quæ reliquis divisionibus immixta videtur.

5. V. (g) Deinde pacta vel per se sola subsistunt, vel contractibus adjiciuntur. Hæc rursus vel *in continenti*, vel *ex intervallo*; in continenti dicuntur, quæ immediate contractibus accedunt, συγχρόνως τῇ συςάσει τȣ͂ συναλλάγματ☉, *eodem tempore, quo fit contractus, ut Græci*, ἐπὶ ἐν τῇ συμπλοκῇ, *in ipso partium conflictu*. Cætera, quæ interponuntur *aliquandiu postea*, *l. 7. §. 2. h.* Ita concinnius, quam Doctores, qui Pactum volunt *nudum* esse vel *vestitum*, ut hoc sit, quod a Lege sit firmatum, vel contractibus adjectum. Nam quæ est ineptior translatio & incivilior, quam vestimenti habitum conventioni adscribere? etsi stulta analogia blandiatur, quasi cum quid nudum sit, necessario & veste aliud indutum esse debeat: Nec quidem, cum vestitum explicant de pacto in continenti adjecto ferri possunt, etsi non tam absurda interpretatio sit quam usus verbi. Nam sane pactum, quod contractui adjicitur, vi & effectu præcipuum quid præ aliis continet, verum id tamen non ex sua natura, sed contractus, cui adjicitur. Unde Ulpianus in *l. 7. §. 4.* cum dixisset, pactum nudum exceptionem parere, mox addit *§. 5. Quinimo interdum format ipsam actionem, ut adjectum bonæ fidei judiciis:* a regula, quod nudum pactum actionem non parit, excipit pactum adjectum: ergo & hoc nudum esse oportet, cum exceptio debeat esse de regula. Pacta in continenti adjecta contractibus bonæ fidei, ita illis insunt, ut actionem producant, *d. l. 7. §. 5. l. 13. C. eod.* adjecta contractibus stricti juris, insunt etiam, ut non modo per exceptionem, sed ipso jure effectum dent, ipsamque contractus substantiam mutent, non tamen ita, ut actionem pariant, tametsi jus *ipso jure* agendi mutent in favorem rei conventi, quomodo fortean recte accipias *l. 40. de Reb. cred.* ut ex parte rei, non actoris insit, secundum Cujac. *10. obs. 24.* videbimus *infra*.

6. In pactis ex intervallo adjectis, differentia certior est. Dividuntur hæc a Papiniano in Detrahentia & Adjicientia, *l. 72. de contr. empt.* Detrahentia sunt, quæ ex ipsa contractus substantia aliquid mutant, veluti, cum in venditione circa mercem pretiumque aliquid mutatur, augendo vel diminuendo pretium, quod perinde est; etiam quo pretium *augetur*, Pactum est *detrahens*, *d. l. 22.* ita ut ab emptione abiri videatur, & contractus sit renovatus, ut loquitur Ulp. in *l. 7. §. 6. h.* quo sensu cape quod Paulus notat *d. l. 72. in fin. princ.* ubi: *nova emptio intercessisse videtur.* Adjicientia dicuntur pacta, quæ non sunt de substantia contractus, sed de ejus adminiculis, ut evictione, cautionibus, arrhis, quæ contractui jam ante plene perfecteque existenti adduntur, *d. l. 72.* Detrahentia insunt quoque contractibus bonæ fidei, actionemque inde formant, *d. l. 7. §. 6.* Sed quæ adjiciuntur, ea non faciunt contractuum partem, *d. l. 72.* Neque in strictis ulla ex intervallo adjecta vim obligandi habent; quia manent in communi pactorum natura, nec usquam major illis effectus tribuitur, *arg. dd. ll.*

7. (h) Post species pactorum varias faciendum, ut effectus eorum, qui secundum illas species variant, explicemus, quanquam alias his locus esse debeat ultimus. Generaliter effectus pacti est, obligatio naturalis, ut probatur ex *l. 1. h. t. in pr.* Hujus *Edicti, de pactis*, ait Ulpianus, *æquitas naturalis est: Quid enim tam congruum fidei humanæ, quam ea, qui inter eos placuerunt, servare?* Cui addendum, quod Paulus habet in *l. 84. §. 1. de R. J. Is natura debet, quem jure Gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus.* Proinde quanquam nominatim vix alius ei effectus, quam quod parit exceptionem, tribuitur, *l. 7. in pr. & §. 4. de Pact.* nihil ambigendum tamen, quin & reliqui effectus, quos naturali obligationi competere diximus, ad *tit. Inst. de Obligat. n. 2.* pacto nudo conveniant. Habet autem hos effectus ex Edicto Prætoris. Nam Jus civile, nullam aliam

(g) *Pos. 10. 11. 12.* (h) *Pos. 13. 14.*

obligationem, quæ promissione constet, quam Stipulationem agnoscit. Cur ita visum fuerit Romanis contra juris Gentium rationem, disputavimus ad *tit. I. de verb. oblig. in pr.* Nihil igitur certius est, quam pacta nuda, id est promissiones simplicibus verbis, aut inter absentes contracta, nullam in foro civili actionem producere. Quamvis autem initio hæc ratio constiterit Romanis, quod pacta sæpe inconsiderata temereque prolata forent, ideoque consultum non esset, ut continuo ex illis actio daretur: postquam tamen semel ita constitutum est, ut solæ stipulationes vim obligandi producerent, jam non amplius distinctum fuit inter consideratas & inconsideratas promissiones, sed generale jus stabilitum est, ut pacta nuda tantum naturaliter obligarent; quemadmodum in aliis quoque Legum prohibitionibus factum videmus. Ex. gr. Testamenti factio prohibita est filiisfam. quod olim nihil habebant proprium: quo semel recepto, filiifam. prorsus non potuere testari, licet bona propria haberent, nisi lex id iis nominatim indulgeret, *l. pen. C. de his, qui test am. fac.*

8. (i) Excitavit auditionem hominum super hoc articulo D. Mæstertius Antecessor Leidensis in *lib. 1. de just. LL. Rom. cap. 33.* magno nisu contendens, pacta nuda, quæ obligare negantur, cuncta ejus esse generis, ut non serio, sed *forte, per jactantiam, vel ad captandam benevolentiam temere prolata sint*, eademque esse putat, quæ *causa* carere dicuntur, *d. l. 7. §. 2. & passim.* Videlicet Causam id esse, quod contrahentes ad paciscendum movet, quale nihil serium pactis nudis insit, quæ per jocum modo & incogitantiam prolata fiant; pactiones autem serias & deliberatas, licet nomine contractus vel traditione careant, negat esse nudas, sed Actiones parere civiles contendit. Etsi vero hæc sententia nervose refutata sit ab incerto auctore Lugduni, quem Vinnium fuisse, & stylus arguit, nec ipse dissimulat *cap. 5. de pact. §. 7. & 8.* item a D. Cypriano Regneri *de injust. LL. Rom. cap. 2.* quia tamen Mæstertius suam adhuc recentius sententiam stabilivit, placet unius argumentum textus addere, quo nihil pressius ad refutandum dari posse videtur. Petemus hoc ex *l. 45. de pact.* ubi Hermogenianus, *Divisionis placitum*, inquit, *nisi traditione vel stipulatione sumat effectum, ad actionem, ut nudum pactum, nulli prodesse poterit.* Bimembris lex est, habens regulam & restrictionem regulæ; Regula est: *Divisionis placitum ad actionem nulli prodesse poterit;* ratio additur, ut pote, *quod pactum nudum sit.* Neque enim ullus contractus est, qui Divisio appelletur, nec verus, nec quasi-talis. Nempe, convenerat inter socios, ut fundus communis divideretur, partibus forte non æqualibus, idque est divisionis placitum. Hoc pactum non fit sine *justa* alicujus negotii *civilis causa;* quæ enim potest esse justior & civilior ratio, quam ut a communione discedatur? necesse etiam est, adfuisse expressum partis utriusque decretum, quia placitum de re communi fuit. Dictu ineptum foret, decretum de partitione rerum, inconsulto & incogitanter esse factum; præsertim, quia hoc placitum non de simplici divisione, sed de tali intelligendum est, quæ plus continet præstationis ab alterutra parte, quam jure communi cautum sit; quod inde colliges, quia actio ad hanc divisionem dicitur negari: atqui ad simplicem divisionem nunquam actio deesse potest, altero licet invito, *l. 14. §. 2. Comm. divid. l. 14. & l. 70. Pro soc.* Manifestum est, quod conventio de divisione extraordinaria & quæsita, utique causam habeat, id est, propter negotium fiat, ut hæc vox Mæstertio accipitur, animoque facta fuerit deliberato. Nihilominus hoc pactum vocatur nudum, & actionem producere negatur. Ergo etiam quæ de civilibus negotiis, justisque causis, & serio dataque opera fiunt, nuda vocantur, & actionis vi carent. Idem evincitur ex restrictione regulæ, *nisi traditione, vel stipulatione sumat effectum.* Omne placitum seu conventio, quæ nec stipulatione, nec traditione firmatur, est *pactum nudum*, ait Hermogenianus. Nullum placitum, nulla conventio vim actionis habere potest, nisi stipulatio fiat, vel traditio sequatur; hæc est mens aperta textus. Atqui aliquod placitum sine stipulatione & traditione serio animoque deliberato iniri, ipse vult Mæstertius, quando ejusmodi placita pactaque vim actionis habere disputat. Stipulatio apud solos Romanos fit; alias gentes nihil serio pacisci quis diceret? Proinde omnes juris gentium conventiones, quæ nomine contractus carent, antequam traditione rei, aut facto ejus, qui promisit factum, cujus eadem ratio est, firmentur, non possunt aliud esse quam pacta nuda. Idque volunt Leges, quæ conventiones causam habentes opponunt pactis nudis. Causa est datio vel factum, inquam. Ubi hæc aut illa intercessit tum est contractus, quod primo erat nudum pa-

(i) *Pos. 22. 23.*

ctum

ctum, *d. l. 7. §. 2.* Optime Harmenopulus, nudum pactum esse ἡνίκα μὴ προηγήσεται δόσις, ἀλλὰ μόνον συστῇ ἐπὶ δόσει, quando non præcessit datio, sed solum de dando conventum est, *l. 1. tit. 4. §. 11.* convenienter *d. l. 45.* neque fallitur Harmenopulus, sed fallitur eum notans Auctor quidam; modo intelligatur de conventionibus, quæ non habent proprium contractus nomen, ut faciat aperte vel rubricæ argumento, quæ est περὶ ψιλῶν συμφώνων. Pacta nuda fiunt etiam de negotiis, sed futuris; cum impletum est ab altera parte negotium, tunc est contractus. Sic eadem *l. 15. de Præscr. verb.* ubi, *& quidem conventio illa non est nuda, sed habet in se negotium aliquod*; quod ubi impletum est, pecunia accepta, vel fugitivo, *ut ibi*, indicato, tum demum præscriptis verbis agi potest, *d. l. 15. & l. 6. C. de transact.* Videamus, quid ad aliud argumentum Mæstertius respondeat; Omne pactum, ex quo exceptio nascitur, est nudum, *d. l. 7. §. 4. de Pact.* sed quod parit exceptionem Pactum, id est quoque serium & consultum, quod probatur ex *l. 1. pr. de Pactis.* quo loco agi de Pacto, quod exceptionem parit, in concesso est, ac etiam de serio consultoque pacto, ut liquet ex αἰτιολογίᾳ Jcti; *quid enim tam congruum fidei humanæ, quam ea, quæ inter eos placuerunt, servare?* cujusmodi verba ludicræ & fortuitæ conventioni minime conveniunt. Necesse igitur; Pacta etiam gravia & deliberata, esse nuda, & vi obligationis destitui. Sed Mæstertius respondet, pacta nuda parere quidem exceptionem, verum non tam ex se & per se, quam ex eo, quod datum factumve illud sit, de quo nudo pacto convenit, ut daretur fieretve; quod est aperte falsum. Nam quando datum factumve est id, de quo nudum pactum est initum, tunc desiit esse pactum, & est contractus innominatus, præscriptisque verbis agi potest, ut dictum, & patet ex *d. l. 6. C. de transact. l. 10. C. de pact.* Manet igitur certum, pacta, sive conventiones, quæ neque verbis conceptis ineuntur, nec in alind nomen contractus incidunt, neque vero traditione completæ sunt, actionem jure civili non producere. Adde Struv. *exerc. 16. th. 13.* qui respondet ad *l. 10. de O. & A. l. 3. §. 4. de Condict. caus. dat. non sec. l. 6. de Transact. l. 7. §. 7. h. t.* Ad quæ ex his, quæ a nobis exposita sunt, non est difficile respondere.

9. Sed jam hæc aliter se habent in pactis legitimis, quæ modo explicata sunt; hæc enim vi Legis actionem præstant, videlicet condictionem ex lege, *l. 6. h.* juncta *l. un. de condict. ex Leg.* Pacta quoque in continenti adjecta contractibus bonæ fidei, cum illis insint, hoc est, partem eorum efficiant, eandem quoque pariunt actionem, quæ ex ipsis oritur contractibus, *l. 7. §. 5. de Pact. l. 69. pro soc. l. 79. de contrab. empt. l. 4. de leg. commiss. l. 6. de in diem addict.* Pactum tamen de retrovendendo, adjectum venditioni, non tantum ex empto, sed etiam præscriptis verbis actionem producit, *l. 2. C. de Pact. inter empt. & vend. init.* forte ideo, quia cum pactum illud ad rescissionem contractus pertineat, dubitari queat, an pars ejus esse videatur. Sed ejus rei locus occurret alius in *tit. de Rescind. vend.* Hoc satis constat, Pacta, quæ naturæ contractuum, quibus accedunt, adversantur, iis non inesse, quamlibet bonæ fidei contractus sint; ut est pactum societati de non dividendo adjectum, *l. 14. Pro soc.* vel ut alter lucrum, alter damnum tantum sentiret, *l. 29. §. ult. eod.* Alia, quæ quidem non adversantur aut evertunt contractus, quibus adjiciuntur, verum aliena duntaxat ab illis sunt, non quidem penitus nulla habentur, ut ea, quæ dixi, sed per stipulationem seorsim constitui debent, ut non insint contractibus, verum per se consistant, & actionem separatim producant, velut usuræ in mutuo, salarii in Mandato, ut diximus in *Part. I. lib. III. t. 15. n. 5. & t. 27. n. 11.* Alioqui verum est; pacta dare Legem contractibus, *l. 23. de R. J.* & posse illos ita quandoque adficere, ut notissimos naturæ suæ terminos egrediantur, *l. 24. & 26. Depositi.*

10. Pacta, quæ contractibus stricti juris adjiciuntur, ea nusquam actionem producere leguntur, & tamen insunt etiam illis, ut supra ex *l. 40. de Reb. cred.* observavimus; a parte rei, interpretatur Cujacius ac Perezius ad *tit. C. de Pact. n. 20.* quam distinctionem refellit Emun l. Merill. 1. *variant. ex Cujac. 8.* idque docte, ut ait Wissenbachius noster *ad h. t. th. 30.* Enimvero plusquam exceptionem gignere pactum in strictis, indicat Paulus in *d. l. 40.* *Etsi, ut ille* (Ulpianus) *putabat, ad exceptionem tantum prodesset pactum, quamvis diversa sententia obtinuerit &c.* Fuere Paulus & Ulpianus Collegæ in auditorio Papiniani, teste Lampridio *in Alex. Severo*, atque, uti fit non raro, fuerunt æmuli. Oportet igitur aliquod medium detur inter *actionem dari & exceptionem nasci*; ut, cum ex sententia Cujacii dicimus, pacta inesse stricti juris actionibus a parte rei, id non eo pertineat, quod exceptio duntaxat

P 2 detur,

detur, sed, ut modo dicere occupavimus, quod jus actoris ipso jure mutet, ita ut actionem ille instituere non possit, contra quam pacto expressum erat, quemadmodum notabile discrimen esse inter id, quod dicitur, Actionem ipso jure esse nullam, & per exceptionem refelli, constat. Quo etiam pertinet, quod in *l.* 3. *de Rescind. vendit.* habetur, exceptiones pacti inesse bonæ fidei judiciis; & hoc sensu Cujacii interpretatio ad *d. l.* 40. satis concinna videtur: non obstante *l.* 27. *C. h. t.* quam dissentientes male urgent. *Petens ex stipulatione, quæ placiti servandi causa facta est; seu antecessit pactum, seu post statim interpositum sit, recte secundum se ferri sententiam postulat.* Diserte ait textus, *peti ex stipulatione.* Quomodo igitur inde ex pacto nasci actio dicatur? Petitur ibi ex stipulatione, non ex pacto. Non ibi Pactum stipulationi, sed hæc illi adjecta est. Contrahentes materiam conventionum suarum verbis communibus, id est pacto, comprehendebant, quæ, ad actionem ut valerent, *Stipulatio* subjiciebatur. Aliquando hæc præcedebat, *Quod inter nos convenit, hoc te dare, facere spondes? spondeo;* Tum sequebatur conventio Pacti, quæ vi stipulationis antecedentis actionem pariebat. Stipulatio utroque casu, est confirmatio accessoria pacti, ad effectum ei tribuendum, *d. l.* 45. *h. t.* minime vero pactum ibi fit pars Stipulationis. Ergo non est, quod hæreamus, Pacto vim agendi tribuere, adjecto bonæ fidei contractibus, non etiam stricti juris, quod etiam sentit Struvius *h. t.* 28. & Strauch. *Dissertat. Justin. XII. th.* 10.

SCHOLIUM.

Contraria opinio verior, sc. pacta in continenti adjecta contractibus stricti Juris, inesse iisdem, etiam ex parte actoris, & actionem producere. Vide Wissenb. th. 30. & quæ dixi ad Strauch. XII. 11. p. 147. *Et hæc sententia etiam menti Triboniani videtur magis conveniens. Quamvis Dn. Schilterus th.* 12. *dicat, pacta Stipulationi de Jure Romano inutiliter adjici, per* l. 5. C. de contrah. stipul. l. 27. C. de pact. *Sed ad* l. 27. *respondet Autor* h. l. *& eadem est responsio ad* d. l. 5.

RESPONSIO.

Nihil aut hic, aut ad Strauchium, *habet Scholiastes, quod in prioribus non sit occupatum.*

N. ADDIT.

Imo vero, si Autori placuisset addere Scholium subsequens eidem positioni 14. *adjectum, Lector facile cognoscere potuisset, ea, quæ in prioribus de hac quæstione occupavit, non sufficere ad refutandam opinionem meam. Scilicet ita dicit Ulpianus* d. l. 7. §. 5. h. t. Nuda pactio interdum format ipsam actionem, ut in bonæ fidei judiciis. Solemus enim dicere, pacta conventa inesse bonæ fidei judiciis. *Apparet hic, Ulpianum, etsi non verbis disertis id asserat, ex regulis tamen bonæ interpretationis voluisse, quod pactum adjectum in stricti juris Judiciis actionem non producat. Contra Paulus* d. l. 40. de rebus credit. *diserte collegam suum ob illam sententiam & taxat, & ab eo dissentit:* Etsi, *inquiens,* ut ille *(i. e. Ulpianus,)* putabat, ad exceptionem tantum prodesset pactum, *(stipulationi adjectum,)* quamvis sententia diversa *(h. e. non solum ad exceptionem, sed & actionem prodesse tale pactum: neque enim alium sensum admittit collatio harum duarum legum inter se,)* obtinuerit. *Atqui hoc notaveram in Scholio ab Autore omisso, & cum Autor in positione* 14. *dixisset,* d. l. 40. *forte recte accipi, quod pacta contractibus stricti juris adjecta, non quidem actionem pariant, sed mutent saltem jus agendi in favorem rei conventi;* addideram: *Forte non. Sat perspicue, quippe deduxit Wissenb.* d. l. *inter Ulpianum & Paulum fuisse dissensum. Quid vero Autor ad ista in revisione præsenti prælectionum? Primo tacet, quod antinomiam inter Paulum & Ulpianum indicaverim, cum tamen in sequentibus, quoties talis occasio se offert, tales antinomias a me indicatas non prætereat, sed pro hypothesi sua mea hac parte plane adversa, diligentius, & subinde severius notet. Nimirum non poterat expresse hoc loco contradicere, cum verba Pauli significantissime declarent dissensum ab Ulpiano. Igitur secundo fatetur potius id, quod Scholio isti meo favet, fuisse nimirum Paulum & Ulpianum Collegas in Auditorio Papiniani, atque, uti fit non raro, fuisse æmulos. Quis vero hoc præmisso, jam non expectaret conclusionem, quod Paulus & Ulpianus etiam in hac doctrina dissenserint? Et tamen Autor tertio, conclusionem præcedentibus plane alienam formavit: oportet igitur, inquiens, quod aliquod medium detur inter actionem dari, & exceptionem nasci, (ne scilicet maneat antinomia inter Paulum & Ulpianum.) Quis talia ferat? Fuere æmuli Paulus & Ulpianus, ergo oportet excogitare quamcunque distinctionem, ne a se dissentiant. Si ego talia docuissem; dixisset Autor, ut supra ad* §. 2. *de me notaverat: Præmissis non malis conclusio minus recta adscribitur.*

De pactis ex intervallo contractibus adjectis, item & Realibus & Personalibus, quod ad effectum attinet, apud ipsas partitiones, quod satis est, diximus. Repete ex fine *praced. §.* adde Cujac. in *d. l. 7.* Wissenb. *ad h. t. th. 31.*

11. Moribus hodiernis reditum est ad jus Gentium ejusque simplicitatem, ita ut ex quolibet pacto nascatur efficax actio, convenienter juri Canonico, *c. 1. & 3. X. de Pact.* licet dissentiat Conan. *5. comm. 3.* quem vide sis. Wesenbecius in *parat. ad h. t. n. 9.* secundum hanc hypothesin nomen actionis ex jure civili, pactis accommodat, condictionem ex lege; quatenus ex novo canone, seu lege, hæc actio nascitur, & semper alias condictio ex Lege datur, quoties lex novam edit obligationem, neque tamen actionem nominat, *tit. ff. de condict. ex Leg.* quo nomine reprehenditur a Wissenbachio *th. 34.* non suo sensu. Ego malim condictionem certi vel incerti huc applicare, ad exemplum stipulationis, ut ad *tit. Inst. de Verb. Oblig.* est dictum; Nam ut pactum jure civili proxime ad stipulationem accedit, ita usu seculi ab eo nihil discrepat; ideoque & actionem oportet eandem producat.

12. (k) Sequitur de personis, quibus pacisci licet; Ferme autem est eadem ratio de iis heic loci, quæ in contractibus ex regula tralatitia, posse videlicet, *quicunque non prohibentur.* Prohibitio est a defectu rationis, præter servum, qui ut omnis juris civilis est expers, *l. 22. de R. J.* ita nec pacisci potest, nisi in rem pro Domino, cum effectu, *l. 21. §. 1. b. l. 16. de O. & A.* sed prior causa vetat furiosos & mente captos, *l. 5. & l. 40. de R. J. l. 3. de Auctor. tut.* quibus comparantur prodigi, *l. 40. R. J.* infantes, *§. 9. Inst. de inutil. stipul.* Minores ut rationis compotes, ita quo minus paciscantur, nihil prohibet, *l. 101. de V. O.* * de quibus omnibus *alibi* plenius dictum, & agetur suis locis. Conditio personarum nullam adfert diversitatem, sed quicunque præter illos enumeratos vinculo humanæ societatis continentur, recte paciscuntur & effectu pactorum gaudent; cum quibus, inquam, jus Gentium commune habemus, quod participant hostes, *l. ult. de Legation.* latrones, *l. 31. de Depos.* malefici, *l. 17. & l. 29. de Pœn.* barbari, *l. 6. in fin. de bon. damnat.* hæretici & infideles, *arg. d. l. 31.* cum quibus ideo qui pactus est, non ignorans eorum conditionem, fidem datam servare debet. Grot. *3. de J. B. & P. cap. 19.* Wissenbach. *ad h. tit. th. 9. 10. 11. & 12.*

SCHOLIUM.

Adde Wissenb. th. 9. 10. 12. Strauch. XII. 8. & ibi not. pag. 144. *Illud notes velim, quæstiones istas spectare ad Jus Gentium, non ad Civile. Ergo textibus, qui hic adducuntur ex Jure Civili, utere ut illustrantibus, non ut probantibus.*

RESPONSIO.

Ita est: Idcirco heic ea monstrare contenti fuimus. Tu vide sis Grotium d. loco.

Porro quemadmodum alter alteri stipulando acquirere non potest, ita nec paciscendo, *l. 73. §. ult. de R. J.* de cujus regulæ exceptionibus dictum a nobis *ad tit. Inst. de inutil. stipul. a princ.* quæ tamen pleræque non efficiunt, ut directe alius alii possit stipulari, sed indirecte effectum habent, utilibus accommodatæ actionibus, ut docet D.

* Mulieres apud Saxones sine Curatore non obligari, nec valide pacisci aut contrahere posse, *ad Inst. p. 42.* jam fuit monitum. In Elect. Saxonia etiam virgines & viduæ sine Curatore contractu se non valide obstringunt, *P. 2. C. El. 15.* ibique Moller. *n. 38.* quamvis majorennes res mobiles, si geradam excipias, absque eo valide alienare possint, *d. C. 15. Mand. noviss. ad declar. P. 2. C. 15. d. an. 1722. d. 18. Nov.* Carpzov. *P. 2. C. 15. def. 15.* Phil. *ad Dec. El. 14. Obs. 3.* In communi vero Saxonia, necessitas adhibendi Curatores, ad viduas & virgines non extenditur, LR. *l. 1. art. 45.* Coler. *P. 1. dec. 67. n. 40. sq.* Richter *Dec. 27. n. 22. seqq.* Obligatur tamen etiam in Electoratu fœmina sine Curatore, 1) si sit mercatrix & intuitu negotiationis se obstringat. *d. C. 15,* ibique Carpzov. *def. 16.* Rauchb. *P. 1. qu. 32. n. 91.* Moller. *ad d. C. n. 74. j. Ord. Cambial. Lips. §.* Nachdem zum andern. conf. Jo. Rebhan. disp. *quæ fœmina sit mercatrix th. 6.* 2) in œconomicis, ubi etiam sine mariti consensu uxores valide esculenta, potulenta, similiave comparant, Moller. *ad d. C. n. 64.* 3) si sint fœminæ illustres Consiliariis instructæ, Carpzov. *Dec. 249. n. 18. & d. C. def. 9.* Svendend. *ad Fib. g. Proc. p. 196.* 4) Si mulier contractum juramento confirmaverit, Carpzov. *de Jur. fœm. singul. dec. 3. num. 18. seq.* Phil. *ad Dec. El. 14. Obs. 1. n. 12.* Hartm. Pist. *l. 4. qu. 6. n. 11. sq.* 5) in Contractibus Parentum cum liberis Carpzov. *ad d. C. 15. def. 8.* 6) si contractum fœmina dolose aut utiliter celebraverit, secundum sententiam Carpzovii, *l. 5. Resp. 10 n. 4.* & usum fori, Rivin. *ad O. P. S. tit. 8. En. 35. 1.* Wibel. *de Contr. mul. c. 3. §. 1.* unde hæc exceptio ad mulierem quittantiam dantem vix extendi potest. Carpzov. *ad d. C. def. 3.* Moller. ib. *n. 52.* Dissent. Berger. *Elect. Proc. Executiv. th. 17. add.* Menck. *ad O. P. S. tit. 8. § 0. seqq.* Id. *ad tit. 52. p. 916.*

(k) *Pos. 18. 19. 20.*

Wissenbach. *h. t. th. 18.* Ne quidem pater filio, quem in potestate habet, pacisci potest, *l. 17. §. 4. h.* nisi quatenus heres futurus est, *l. 33. eod.* tametsi & alias doli exceptio detur filio, adversus eum, qui subtilitate juris nixus pactum patris ei prodesse non patitur, *l. 21. §. 2. de pact.* in stipulatione hactenus diversum jus est, quod, etsi pater filio, ut huic prosit, stipulari nequeat, tamen sibi ex illa ipsa stipulatione acquirit, *§. 4. in fin. de inutil. stipulat.* Ratio petenda ex eo, quod est in *l. 27. §. 2. h. t.* ubi Paulus in stipulationibus monet jus, in pactis factum versari; hoc est, stipulationes vi legis subnixæ operantur in rem, sine respectu ad personam; Pacta vero Prætoris indultu tantum pariunt exceptiones, quæ facti sunt, nec prius considerantur, quam in judicio objectæ fuerint, facta porro non egrediuntur personam, aut id, quod ipso facto verbis expressum est, *§. 4. I. de stipul. servor.* hinc Pater filio paciscens nec huic prodest, quia nemo alii bene paciscitur; nec sibi, quia hoc ipso facto non est expressum: at stipulatio quanquam filio quoque non prosit, tamen quia juris ratione pater & filius eadem persona sunt, hæc parit effectum in ipso patre duntaxat. Etiam hoc inde licet observare, pacisci nos uni heredum posse, ut ei soli acquiratur, *d. l. 33. in fin.* Stipulari autem uni heredum, ut ei soli, exclusis cæteris, acquiratur, non licere, *l. 137. §. ult. de V. O.* Denique, & hinc illud est, quod etsi alter correorum debendi, stipulando, id est novando & acceptum ferendo, alteri præjudicare queat, *l. 2. 3. de duob. reis.* paciscendo tamen id fieri nequeat, ut dictum ad *tit. Inst. de duob. reis. n. 2.* Porro, Tutoris pactum prodest quidem pupillo, at eidem nocere non potest *l. 15. h. l. 22. C. eod.* quemadmodum Curatoris Reipubl. *l. 37. h. t.* sed pactum Magistri Societatis & prodesse & nocere potest, *l. 14. h. t.* Ratio differentiæ, quia Magister a sociis præpositus est, qui rerum suarum administrationem habent, quod secus est in pupillis & in Republica.

Frequens etiam est pactum debitoris, qui solvendo non est, cum Creditoribus de parte debiti solvenda. Qua in re si dissentiant, Prætoris decretum necessarium est, qui sequitur consensum majoris partis creditorum; Majorem autem partem æstimat Prætor quantitate, numero, diguitate: cunctis paribus, humaniorem sententiam amplectitur, id est eorum, qui plurimum ex credito remittunt, ejusmodi vero pactum absentibus etiam præjudicat, ex rescripto D. Marci, *l. 7. §. 17. & ult. l. 8. 9. 10. h. t.* Cæterum, hypothecariis suum jus quæsitum ejusmodi pacto non potest auferri; nec quidem personalibus privilegiatis, *l. 58. §. 1. Mandat.* etsi dissentire videatur a Paulo Ulpianus in *d. l. 10.* Cujacius *in d. l. 10.* autumat, Paulum *in d. l. 58.* vel ignorasse rescriptum D. Pii, in *l. 10.* vel ita scripsisse ex juris rationibus, quod sibi videbatur; sed melius respondent veteres Glossographi, pactum illud nocere privilegiatis, quod ad partem debiti remittendam attinet, non etiam in privilegio suo; Adde Costal. & Mornac. in *d. l. 10.* Verum hoc genus pactionis tum demum habere locum, censent DD. cum, aut jacente hereditate, scriptus heres deliberat, ut eo modo ad adeundum provocetur, *d. l. 7. §. 17.* aut cum debitor disparuit, ut non sit qui conveniri possit, atque ut invitetur ad copiam sui faciendam: At si debitor in medio versetur, non cogi minorem partem sequi majoris voluntatem, ut habet Gloss. in *d. l. 7. §. ult.* verb. *quota parte.* A. Matthæus *disp. 3. de Judic. th. 72.* qui plures habet auctores. Aliud est, ut videtur, in impetrandis induciis adversus executionem, de quibus *in lib. 42.*

An Pactum debitoris cum creditore, ne petat, etiam prodest fidejussori? Distingvitur, si pactum reale sit, prodest, *l. 21. §. 5. h.* secus si personale, velut si reus sit pactus, ut a se duntaxat non peteretur, a fidejussore contra, *l. 22. eod.* At tamen fidejussor ubi solverit, actione mandati regressum habet contra debitorem, ita ut debitor ejusmodi pacto personali nihil quam exigui temporis moram adipisci queat, utique si solvendo sit; imo jure novo si fidejussor ordinis beneficio non renuntiaverit, creditor eum ante debitorem principalem excutere, quicquid de pacto sit, non potest, per *Nov. 4.* Denique, si quando fidejussor donandi animo, vel in rem suam, aut pro invito fidejusserit, quibus casibus non habet regressum adversus debitorem primum, *l. 8. §. 1. Qui satisd. cog.* illis similibusque casibus pactum debitoris fidejussori plane non prodest, utpote cujus exceptio datur fidejussori, contemplatione debitoris, qui pactus est, & cujus personam alioqui pactum, quod facti est, egredi non potest: Hinc si reus expresse pactus sit, ne creditor a debitore peteret, datur exceptio fidejussori, quia debitoris manifesto & directe interest, *§. fin. Inst. de Replicat. l. 29. de recept. arb. §. 20. I. de inutil. Stipul.* Vice versa si fidejussor pactus sit nominatim a reo, ne petatur, pacti quidem exceptio non dabitur reo, *l. 23. h.* sed exceptio doli utilis erit, *l. 25. §. 2.* juncta

cta *l. sequ. h. t.* Simplex alioqui pactum fidejussoris, ne ab se petetur, reo non prodest, *l. 23. h.* nihil obstante *l. 28. §. 1. de Jurejur.* nam ibi fidejussor deferente adversario juravit, se solvisse: proinde habetur pro eo qui solverit: quo posito reus non potest denuo compelli an solvendum, per ea, quæ dicta sunt ad *§. 11. Inst. de Action.* multo minus pactum unius e fidejussoribus prodest confidejussori, *d. l. 23.* Postremo notandum, duos stipulandi reos, paciscendo quidem sibi mutuo nocere non posse, ut modo probavimus, licet socii sint, *l. 27. h. t.* Et tamen, quo minus, si quidem socii sint, prodesse possit alter alteri, quia tum paciscentis interest, nihil impedimento est. Bachov. *comm. ad τὰ πρῶτα h. t. pag. 620.* Perez. ad *tit. C. de duob. re. n. 8. 9. 10. 11.*

13. Restat *Materia* Pactorum, consistens in omnibus rebus, quæ sunt in commercio, futuris etiam rebus, *l. 46. h. t. l. 3. C. de Donat.* omnibus quoque factis licitis ac honestis, *l. 26. & l. 35. in pr. & §. 1. l. 173. §. 8. de V. O.* Non valent igitur pacta de rebus turpibus, *l. 7. §. 3. & l. 27. h. l. 6. C. h. t.* Cujus generis habetur pactum de quota litis, *l. 53. h. l. 15. C. de Procurat. l. 5. C. de Postulando;* quanquam de præmio victoriæ, Patronis causarum utique pacisci licet, *l. 1. §. 12. de var. & extraord. cognit.* Inter turpia recensetur pactum de Hereditate futura, nisi ipse, de cujus successione agitur, consensum adhibeat, *& in eo consensu usque ad extremum vitæ suæ spatium perseveraverit, l. ult. C. de Pact.* Sic apud Nautam nostrum in decisionibus MSS. reperio, pactum fuisse initum inter proximos cognatos *Helenæ Stakebrants*, ipsa præsente & adsentiente, de bonis ejus ad primogenitum devolvendis 11. *Junii 1620.* Prævaluisse tamen ejus Testamentum in contrarium, quod fecerat 26. Aprilis 1626. Nec modo nulla sunt hujusmodi Pacta, si de hereditate agatur acquirenda, *l. 15. & l. 19. C. h. l. 61. de V. O. l. 2. §. fin. de his, quæ ut indign.* quod apposite ad hanc rem JCtus id esse ait, *festinare contra jus Gentium*, *l. 29. §. f. de Donat.* sed etiam, si paciscantur partes de hereditate conservanda, *d. l. 15. C. h.* quin etiam, si de omittenda vel repudianda agatur, adhuc idem obtinebit, *l. ult. de Suis & Legit. hered. l. 3. C. de Collat. l. 35. §. 1. C. de Inoff. testam.* Solummodo inter milites valet Pactum mutuæ successionis sive *ἀλληλοκληρονομίας*, in *l. 19. C. h. t.* Cæterum ad hoc genus Pactorum non videtur referendum, si de veteri fideicommisso conventiones fiant inter eos, qui se ad illud sub conditione vocatos contendunt, etsi pactio se referat ad id, quod fieri debeat, ubi præsens possessor decesserit. Exemplum, apud *Nautam* decisum a Curia, sit hoc: Eva Adriani a Marnede, uxor Georgii Schults, Græcæ linguæ Professoris apud Revalienses, pacta erat cum Magdalena Koobs matertera sua, coram Commissario Curiæ 23. *Maji 1640.* ut Magdalena, dum viveret, frueretur bonis cujusdam Petriciæ, fideicommisso adfectis per Testamentum, quod jam erat factum anno 1565. & aliud alterius Testatricis, conditum Kal. Jul. 1583. Magdalena dein Testamento secus disposuerat, & Heres se tuebatur eo jure, quod diximus, Pactiones de successione viventium non valere, nisi illa, de cujus successione agitur, in eadem voluntate perseveraverit. Sed a Curia damnatus est Heres, bona secundum Pactionem restituere; quia non erat de successione Magdalenæ, verum superioris seculi Testatricum, *in causa Georgii Schults & c. contra Everardum Bartoldi 20. Maji 1620.* Pertinent etiam ad hoc genus prohibitorum Pactionum, Conventiones, quæ sunt contra Leges, ut sunt quæ ad ambitum & pecunias repetundas pertinent, de quibus *in locis suis* actum est, aut agetur. Nec tamen hæc res adeo ad rigorem semper exigi potest, ut ne probabiles circumstantiæ aliquid indulgentiæ conciliare possint. Sic approbatus est contractus quorundam Procerum, qui ambientes Præturam, inter se pacti erant, ut qui potiretur, cæteris daret singulis vas argenteum pretio centum ducatonum. Heredes ejus, qui Prætura potitus erat, condemnati sunt ad præstandum, quia non videbatur excedere civilis honestatis operæque redhostimentum, *inter partes nobiles ante Pentecost. 1680.* Denique, generalis hæc regula est: *Jus publicum pactis privatorum mutari non posse*, *l. 38. de Pact.* nec jurejurando quidem firmatum, *l. 7. §. 16. h. t.* idemque sensus verborum esse videtur in *l. 27. §. 4. h.* ubi, *Pactum a re privata remotum, servari non oportet;* ut forte non sit opus mutare lectionem receptam, uti pro re privata legatur, *a re publica*, sicut voluit Cujac. *1. obs. 24.* Sed egimus hac de regula copiose in *part. 2. Digress. lib. 1. c. 21. n. 3. & sqq.*

14. Postremo sciendum, pacta priorata tolli per posteriora, at non nisi per exceptionem, *d. l. 27. §. 2.* quanquam ex ratione juris Gentium pacta æque ipso jure quam stipulationes operari debebant, quomodo accipienda videtur *l. 95. §. 4. de Solut.*

Solut. ubi naturalis obligatio per pactum *ipso jure* dicitur tolli; *ipso jure*, scilicet naturali, quo pactum est introductum. *Vid.* tamen quæ diximus *ad tit. Quib. mod. toll. obl. n. 10.*

SCHOLIUM.

Mihi distinguendum videtur inter pactum promissorium & liberatorium. Illud tollitur ipso Jure per pactum subsequens liberatorium, d. l. 95. *Hoc, si præcesserit obligatio civilis, per subsequens obligatorium tollitur ope exceptionis.* Strauch. XII. 10. & ibi notata p. 145.

RESPONSIO.

Hæc Thomasii responsio non tam mutat quam explicat solutionem nostram. Quando enim promissorium Pactum præcessit, ejus obligatio tantum naturalis est: huic subjecta naturalis obligatio, priorem ejusdem generis modo resolvit, id est, jure Gentium sive naturali.

N. ADDIT.

Imo vero dissensus inter nos in eo est, quod Autor dicat, generaliter, & absque distinctione pactorum, pacta posteriora tollere priora: saltem per exceptionem & non ipso jure civili, & ad d. l. 95. *respondeat, eam explicandam esse de jure naturali vel Gentium, non de civili. Contra ego dico pacta promissoria per pactum posterius tolli ipso jure civili, non solo naturali, &* d. l. 95. *adeo de jure civili etiam esse explicandam, ita scilicet, ut Prætor æque non det actionem si pactum promissorium pacto posteriore fuerit sublatum, ac si stipulatio sit sublata per stipulationem Aquilianam.*

Tit. XV.
De Transactionibus.

I. Continuatio. II. Definitio Transactionis, & genus ejus adseritur. III. Differentia ejus a Pacto ex materia. IV. Res, de quibus sub modo prohibitum est transigere. V. De quibus absolute, ubi de criminibus. VI. An de falsi crimine liceat. VII. Qui possint transigere. VIII. Effectus transactionis, si necdum instrumento comprehensa sit. IX. Neque cessat effectus ob instrumenta noviter reperta. X. Quin obtinet, etsi nulla res media fuerit, Etsi Læsio sit ultra duplum *XI. Transactiones tamen strictæ interpretationis esse, quoad res subjectas; XII. Etiam quod ad personas attinet, ubi de* L. 3. opposita l. 14 h. t.

SÆpius eveniebat, ut cum reus in jus vocatus erat, de causa transigeretur, ‡ *l. 22. §. 1. De in jus vocand.* Ideo hic de Transactionibus agi placuit, præterquam quod species pactorum sunt. Est (a) enim Transactio, *Pactum de re dubia pretio componenda.* Enimvero transigendi vox late sumta significat, negotium quodvis ad finem quoque modo perducere, *l. 229. de V. S. l. 15. §. 4. Locati.* Nec abludit hinc Cicero, *14. epist. ad famil. 4. Si est spes nostri reditus, eam confirmes & re adjuves; sin, ut ego metuo,* transactum *est, quoquomodo potes, ad me fac venias.* Verum strictius, Transigere, est litem & rem dubiam sopire, pecuniaque ab adversario accepta competentem sibi actionem remittere; generali significatione vocabuli, ut fit, ad specialem usum coarctata. Grotius Transactionem vocat *Dâding*, voce parum vulgari, *l. 3. cap. 4. Introd.*

2. Sed hoc agamus, ut definitionem per partes probemus. Generis loco *Pactum* collocavimus.

SCHOLIUM.

Non obstant differentiæ pactorum & transactionis, de quibus infra. *Sumitur etenim pactum vel in genere, vel pro specie transactioni opposita. Conf. Dn. Schilt.* Exerc. IX. th. 1. 2.

Genus illud probatur ex *l. 9. §. ult. h.* ubi: *Pacto transegit; iniquum est, perimi Pacto L. 15. C. h. t. insere pacti exemplum, & sola conventio.* In *l. 17. eod. litem transactione decisam:* de *conventione resiliisse, pacto stari, transactionis placito, exceptionem pacti.* In *l. 28. eod. Transactio interposita est, convenisse te sine scriptura proponis. ex pacto &c.* Etiam Cicero *in orat. pro Rosc.* transactionem Fannii & Roscii vocat *Pactionem & decisionem.* Nam & decidere pro transigere usurpatur in *l. 3. §. 1. de Leg. Falcid.* ubi Basilici διαλύειν, & Harmenop. *lib. 1. epitom. tit. 10. §. 4.*

‡ Hoc autem ipsi Judices nostri agant strenue, ad lites transactione aut alia amicabili compositione finiendas partes citent, præsentes in primo termino urgeant & obtestentur, de temporis jactura, litis diuturnitate, impensarum gravitate, aliisque incommodis, ut ex causæ meritis fieri potest, commoneant, &, qui hoc factum, ad acta consignari curent; *O. P. S. E. I. & E. Tit. 1. §. 1. & 2.*

(a) *Pos. 1.*

ἀμφιβαλ-

ἀμφιβαλλομένε πράγματ☉ τομὴν, *rei dubiæ sectionem*, definiunt transactionem. Sunt, qui transactionem fieri quidem per conventionem sive pactum volunt, sed proprie hac voce negotium, quod agitur & quod decisionem dicere possis, intelligi, Bachovius *ad Tr. & ad Wesenb. h.* & ad τὰ πρῶτα. quod non video probari ex usu juris nostri; e textibus modo citatis contrarium, si quid ego video, liquet. Regerit ille, *textus nihil moror, non semper satis accurate & subtiliter agunt, JCti*, ad Wesenbec. *n. 2.* Ego vero nihil moror ejusmodi immodicam subtilitatem. Nec animadverto, quid in eo situm sit incommodi, quod statuimus, Transactionem esse conventionem, eo modo, quod emptio venditio, locatio conductio, societas, sunt conventiones; nam si tu velis argutari & contendere, negotiorum illa esse nomina, fierique per conventionem, ipsas conventiones non esse, forte eadem ratione id agere possis, quam Bachovius de transactione putavit. Quod tamen Wesenbecius *ibidem*, Connanus *5. comment. 6. n. 11.* & Merill. *1. variant. 7.* transactionem volunt esse Contractum Innominatum, Do ut facias, id est, ut a lite discedas, id minime concedendum: Nam quod adeo frequens & quotidianum est, & nomine certo hodieque non minus quam fuit olim cognitum, nullam habet speciem Innominati contractus; præter quod effectus ille notabilis, qui maximum differentiæ inter nominatos & innominatos contractus momentum constituit, hic cessat; scilicet, quod eum, qui contractum innominatum una parte implevit, pœnitere possit, quamdiu alter suas quoque partes vicissim non complevit; Secundum quod, si ego dedissem, ut tu ab lite discederes, nec adhuc discessisses, in arbitrio meo foret, id quod dedissem repetere, & rescindere transactionem, per *l. 3. §. 2. & sequ. l. 1. in pr. de condict. caus. dat.* At vero in transactione hoc minime fieri, sed pacto convento standum esse, majori efficacia quam in ullo alio genere negotii, probat *l. 39. C. h. t.* Equidem non desunt rationes primo auditu validæ, quibus effici videtur, ut Transactio sit contractus innominatus. Nam fit utique ab altera parte per dationem, & ab altera per factum, hoc est, ut a lite recedatur, *l. 38. C. h. t.* at illa species est contractus innominati, ut ex *l. 7. §. 2. praeced. tit.* intelleximus illic. Sed nihil est clarius, quam dationem illam pertinere ad consummationem & executionem, non ad perfectionem primam transactionis; atque tunc verum est, eam degenerare ex postfacto in contractum innominatum: quando scil. ab altera parte impleta est, sicut ad *praeced. tit.* diximus, omnium pactorum eandem esse naturam: proinde tunc etiam præscriptis verbis tam e pactis quam e transactionibus, agitur, *l. 6. & l. 33. C. h. t.* quod alioqui secundum est argumentum pro statuendo contractu, etiam nominato. Sane aliquando inter contractus refertur Transactio, ut fit, in *l. 7. C. de his, quæ vi met. caus. l. 17. C. de fid. instrum.* quia in istis legibus eadem transactionibus, quæ contractibus est natura, & alioqui transactio, cum sit conventio & insuper nomen habeat, sic satis evidentem præ se fert affinitatem cum reliquis contractibus, etiam nominatis. Quin tu forte speciosius, esse contractum nominatum ipsam Transactionem contendas, quoniam est conventio habens nomen, tales autem esse contractus nominatos, didicimus ex *d. l. 7. pr. & §. 1. de Pactis.* Nolim dicere, nomen Transactionis ita Pacto remittendi litem non esse addictum, ut nihil aliud significet; quasi generale sit transigendi verbum & ad omnes species pertineat, quibus controversiæ deciduntur atque finiuntur, ut ait Brissonius *lib. 18. de verb. signif.* Potius dixerim, quod hoc non sufficiat ad contractum probandum, esse conventionem & esse nomen; oportet etiam esse materiam ad contrahendum habilem; at in transactione non agitur, ut aliquid contrahatur, sed potius ut distrahatur; unde Wesenbecius *d. n. 2.* ipse fatetur, potius esse distractum Transactionem, quam proprie contractum. Postremo, nonne stipulatio est genus transactionis æque ac pactum? Ita videbatur ex *l. 2. h. t.* *Transactum accipere quis potest, non solum, si Aquiliana stipulatio fuerit subjecta; sed etsi pactum conventum fuerit pactum.* Sensus est, non utique requiri ad perfectionem transactionis, ut stipulatio subjiciatur, sed esse quoque transactionem, si modo simplex pactum fuerit initum, quæ est nostra sententia. Nam Aquiliana stipulatio revera subjicitur transactioni, quemadmodum & acceptilatio, *l. 15. h.* quas cohærere & se invicem explicare didicimus ex *§. 1. Inst. Quib. mod. toll. oblig.* Nempe, quia transactio, ut pactum, non poterat actionem ipso jure tollere; sed tantum dabat exceptionem; id circo, qui pactus erat, ut adversarius a lite discederet, quo plenius sibi consuleretur, acceptilationem, quæ vim solutionis habet, addi volebat, ut ipso jure tutus esset; ea vero non poterat aliis negotiis, de

quibus forte litigatum erat, nisi per ministerium Aquilianæ stipulationis applicari, ut ex *d. §. 1. & 2.* jam pridem constat.

3. (b) Materia transactionum sunt res Incertæ, *l. 1. h.* cui respondet pretium conventum, quæ duo transactionem a pacto discernunt; nam etsi pactum quoque sub pretio possit fieri, *l. 6. §. 3. de his, qui infam. not.* ubi quis de comperto flagitio pro pecunia paciscitur, & pacta de rebus incertis quandoque usurpentur, ut de lite *l. 4. C. de Pact.* nunquam tamen fit, ut in pacto sit rei incertitudo & pretium simul, ut ex citatis textibus apparet. Hinc de lite finita pacisci quidem licet *l. 7. §. 13. de Pact.* transigere non licet, *l. 7. pr. h. t.* quanquam Aquiliana stipulatio & acceptilatio rei judicatæ subjici leguntur, *l. 32. C. h. t.* quia scilicet hæ non modo transactioni subserviunt, sed omne jus tollere possunt; post sententiam autem superesse obligationem, cui acceptilatio conveniat, aliunde constat. Cæterum, si res judicata per appellationem vel restitutionem in integrum, rursus incerta fieri possit, valet haud dubie transactio, *l. 7. pr. & l. 11. h. & d. l. 32.*

SCHOLIUM.

Quod si minor, cum quo actor transigere voluit, transactionem rejecerit, an sententia contra eum lata ad transactionem per remedium restitutionis reverti poterit? Ita arbitrantur quidam propter l. 9. §. 2. ff. de Minor. *quorum mentem & cautelas proponit Dn. Schilter.* d. l. th. 12. 13. *Sed recte notat idem* d. th. 13. in fine, *hanc sententiam menti Ulpianeæ non adeo convenire. Adde, quod & textus loquatur de actionibus pœnalibus, neque ad rei persecutorias videatur extendi debere.*

RESPONSIO.

Si minor transactione stare nolit, id non nisi per restitutionem, urgente adversario, assequi poterit; at tum sententia ferri non potest, in hoc, ut ad transactionem revertantur; sed ut omnia utrique integra sint, verum deinceps, ut ad transactionem redire licet, per restitutionem nova instantia impetrari potest, per l. 7. §. 9. de minor. *In citata* l. 9. §. 2. *hæc verba sola ad rem pertinent;* sed si cum ex damno dato confiteri possit, ne dupli teneatur, maluit, negare, in hoc solum restituendus sit, ut pro confesso habeatur. *Hinc recte dixeris, si minor maluit rejicere transactionem, nec alter eam urserit, in hoc eum posse restitui, ut transegisse censeatur.*

(b) *Pos. 2. 3.* (c) *Pos. 11.*

N. ADDIT.

Imo vero nihil hic adduxit Autor, quod in Scholio non sit occupatum. Scilicet etiam ex allegatis verbis d. l. 9. §. 2. *istam conclusionem non recte inferri, cum & allegata verba loquantur de actione pœnali. Et quamvis primus casus, quem Autor in responsione hac recenset ad meum Scholium non pertineat, mallem tamen & in ejus decisione diversam ab Autore fovere sententiam. Nam alius plane est casus in* alleg. l. 7. §. 9. *& multis modis diversus a casu præsente, ut adeo* d. l. 7. *nec directe probet sententiam Autoris, nec argumentum validum inde queat extrui.*

Cæterum qualibet præstatio non est habenda pro Pretio; sed hoc ejusmodi esse oportet, ut pretio sive præstatione reali, non remittendi animo, a lite desistatur. Exemplum ejusmodi conventionis addere placet: Petrus *a Runia* renuntiaverat hereditati cujusdam Matthæi *a Schoten*, in gratiam Jacobi *a Runia*, & hic liberabat eum a sumptibus litis, atque *in memoriam donabat* ei centum thaleros, qui non æquabant decimam partem hereditatis. Heredes Petri egerunt ad rescissionem Transactionis, & appellabant, sed Curia censuit, non tam fuisse Transactionem, quam pactum remissorium, neque rescissioni, propter læsionem, obnoxium; in causa *Ursulæ Henrici*, contra *Amerentianam ab Oenema* d. *10. Martii 1668.* Cæterum, quod (c) pragmatici scribunt, super lite in suprema Curia pendente sine Curiæ consensu, non licere transigere, ut est apud Papon. *de Arrest. l. 6. tit. 3. arr. 6. 7.* Christin. *vol. 2. decis. 96. n. 2.* id juri civili est incognitum, nec etiam in Curia Frisica servatur, nec cur servandum sit, ratio satis est idonea.

SCHOLIUM.

Wissenb. th. 5. *ubi & quæstionem de instrumentis guarentigiatis tractat, ea transactioni non subjacere, scribit, quo referre possis, quod ex Brunnemanno refert Dn. Schilter* th. 4. *transactionem mariti de nomine uxoris, liquido ex hoc capite irritam pronunciatam fuisse in Camera Brandenburgica, quanquam & hujus sententiæ ratio desumi forte possit* ex posit. 19. *hic, & non adeo videatur universaliter verum, instrumenta hæc, etsi vitio non laborent, facere negotium certum. Quid si enim alter opponat solutionis exceptionem? Quid si ad diffitendum paratus sit? nisi hoc ultimo casu* ex posit. 123. *transactionem ex capite doli impugnare velis.*

RE-

RESPONSIO.

Guarentigiata *instrumenta vocantur Longobardice, quæ paratam habent executionem, quibus* securi facti sumus, in Hollandia *Schepenkenniffe. Ratio, quod de iis transigi nequeat, est hæc, quod res dubia non fit. Sed rationem habet Scholiastes, quod multa incidere possint, ut Lis aliqua ex illis ipsis oriri queat, & tum nihil obstat transactioni. Magis est, ut id verum fit de constitutis judicialibus, quibus aliquis in judicio recepit, se debitum verum soluturum:* Acte van aenneeminge; *quæ similiter habent paratam executionem, nec, proinde tam Transactionis, quam pactionis & remissionis facultatem recipiunt. Tamen non habent majorem vim quam res judicata, de qua posse litem oriri & aliquando transigi, auctor est JCtus in* d. l. 11. h. t.

N. ADDIT.

Hæc Autoris responsio non tam mutat quam explicat doctrinam nostram. Versiculus enim, Magis est ut id verum fit *&c. non respicit sententiam nostram, sed sententiam Wissenbachii, & tamen in fine responsionis Autor noster, & intuitu illius explicationis redit, ad sententiam nostram Scilicet Dd. communiter regulas tradere volunt de certitudine & dubietate rerum, de quibus transigitur, cum tamen hic nulla regula tradi possit, nec ulla regula opus fit. Quoties enim transigitur, toties res dubia est. Nam si non esset res dubia, non transigerent. Fit autem toties res dubia, quoties debitor debitum negat, quocunque sub prætextu neget, & quam firmas probationes habeat alter. Igitur in eo decepti sunt Dd. quod putaverint, leges in materia transactionis loqui de dubietate juris, cum evidenter loquantur ex natura negotii de dubietate eventus, qui sæpe potest esse incertissimus, non obstante jure certissimo.*

4. (d) Sunt res, de quibus transactiones prohibentur, quædam sub modo, aliæ simpliciter. Sub modo prohibita est transactio de controversiis testamentariis, de quibus aliter transigere nefas, quam inspectis testamenti verbis, *l. 6. h. l. 1. §. 1. Quemad. testam. infirm.* Idem de codicillis, *l. 3. §. 1. & l. 12. h.* Ratio extat in *l. 5. Testam. quemad. aper.* quia publice interest, supremas hominum voluntates exitum sortiri. Nec tamen hoc ita accipiendum, quasi omnis Transactio, non inspectis ultimæ voluntatis instrumentis, indistincte nullius momenti esset. Verum si destituti instrumento Transigentes circa voluntatem Testatoris erraverint, inutilis erit Transactio: si bene ceperint mentem Testantis, nulla causa rescindendi quod transactum est, dari videtur, *arg. d. l. ll.* Non obstat *d. leg. 6.* responsum Scævolæ in celebri *L. Lucius 78. D. ad Sc. Trebell.* ubi non datur rescissio, licet erratum fuerit ultra quadruplum. Quod enim ibi, *postea repertis instrumentis apparuit, quadruplo amplius in hereditate fuisse*, non de Testamento vel codicillo, sed de Repertorio, aliisque probationis instrumentis intelligendum. Præterea, non valet transactio de alimentis, quorum dies non cessit, testamento relictis, aliter quam auctoritate Prætoris adhibita, *l. 8. pr. & §. 2. h. t.* Ratio est, ne voluntas testantium, qui legatariis ita prospectum voluerunt, ne possint egere, circumveniretur; quæ ratio nec alimentis præteritis, nec inter vivos relictis convenit, *d. §. 2.* neque pacto, quod fit gratis, quia nummis repræsentatis facilius homines juri futuro renunciant, quam ut gratis id abdicent. Videlicet, hoc agunt Leges, ne alimenta intercipiantur; quo minus paciscendo alimentariis conditionem suam faciat meliorem, nihil est quod prohibeat, *d. l. 8. §. 6.* nec etiam quo minus in modo præstandi alimenta, aliquid suo commodo mutet, *d. l. 8. §. 24. & §. ult.* Quid si transactio de remittendis alimentis jurejurando firmata fit, valere putant Surdus *de alim. tit. 8. qu. 56. n. 42. & seqq.* Fachinæ. 2. *controv. 21.* D. Wissenbach ad *h. tit. th. 11.* Contrarium tenuere Bartolus in *d. l. 8.* Tiraquel. in *præf. l. si unquam n. 156. C. de revoc. donat.* & recte, opinor, quia jusjurandum jure civili nihilo plus efficere potest, quam pactum nudum, nisi certis casibus nominatim expressis, inter quos hæc species non est, nec, quod Leges prohibent, jurisjurandi religio approbare potest, *l. 5. C. de LL.* Etsi, an is, qui cum jurejurando transegit, salva animæ suæ conscientia, id retractare possit, alia Quæstio fuerit; nos hic, quid Judex secundum Leges statuere debeat, quærimus, ex ratione juris Civilis, non ex hypothesi juris Pontificii, quo prior sententia sine dubio vera est, ut in *tit. de jurejur.* videbimus. Denique, inter ea, de quibus secundum quid transigi prohibitum est, refertur Matrimonium; nam pro illo transigere licet, contra matrimonium non licet, quia non est in potestate partium, sua volutate matrimonium dissolvere. *cap. fin. X. de transact.* Treutl. *P. 1. disp. 7. th. 4. lit. a.* Gail. *2. observ. cap. 94. n. 14.*

5. (e) Absolute prohibita est Transactio de criminibus non capitalibus, item de adulterio; cum de re-

(d) *Pos. 8. 9. 10.* (e) *Pos. 12. & seqq.*

de reliquis capitalibus transfigere liceat, *l. 18. C. de Transact. l. ult. de Prævar.* * Ratio est in *l. 1. de bon. eor. qui ante sent. Ignoscendum censuerunt Principes ei, qui sanguinem suum qualiter qualiter redemptum voluit.* Ideoque ratio hujus indulgentiæ non est favor delinquentium, ut apparet ex *l. 3. C. Pro quib. caus. servi libert. accip.* ubi servus, qui raptus virginis facinus pactione transmissum, detulerat in publicum, libertatis præmio donatur; Sed quia conatus redimendi sanguinem, adeo ex naturali instinctu oritur, ut nec in re turpi pœnam mereatur; nisi per illam, (transactionem scilicet,) nova turpitudo committeretur, ut fieret in adulterio, ubi transactio non posset non habere lenocinii speciem, quoniam accusatio criminis ejus, tantum datur marito & conjunctis personis, *l. 30. C. ad L. Jul. de Adult.*

SCHOLIUM.

Dixi prolixe de hac quæstione in notis ad Strauch. XII. 7. p. 391. seqq. *ubi simul ad rationem de specie lenocinii respondi, & dispositionem Juris moderni indicavi. De criminibus adulterio affinibus, stupro, incestu, raptu, & Sodomia, an transigere liceat? vide Wissenb.* th. 15. 16. & 17.

RESPONSIO.

Non esse legibus expressam Lenocinii speciem, quam propinqui transigentes committant, facile tenet in loco citato *Thomasius; Adeo tamen inde remotam esse, ut rationis loco servire nequeat, minime probat. Autores hodiernæ praxeos, quod de Adulterio transigere liceat, sunt* Clarus *in* pract. *§.* ult. qu. 58. n. 11. *Petr. Heig.* Part. 3. qu. 29. n. 79. *Carpzov.* part. 4. Const. 29. def. 2. Prax. crim. qu. 71. n. 32. & seqq. *Struv.* Ex. 6. th. 61.

N. ADDIT.

Meum vero non erat, probare, quod lenocinii ratio non possit huc quadrare, sed sufficiebat, quod probassem, in allegata l. 18. C. de transact. *latere emblema Triboniani, & quod Dd. hoc emblema non sentientes nihil afferant, quo istum respondendi modum reddant vero similem, cum ipsa doctrina de lenocinio mariti adhuc valde dubia sit. Igitur non inutile erit ipsam notam ad Strauchium huc apponere integram, quamvis paulo prolixiorem.* Ita vero scripseram: *Lis maxime est circa* l. 18. C. de transact. *ubi dicitur, quod* paciſci de crimine capitali, *EXCEPTO ADULTERIO*, prohibitum non sit. *Et de eo quidem constat, tempore Legis Juliæ crimen adulterii capitale non fuisse.* Vid. *Wesenb.* h. t. n. 6. *(non obst. §. 4.* Inst. de public. Judic. *vid. Huber.* ad Inst. d. t. th. 3. p. m. 373. a.) *An vero tempore Diocletiani, cujus est* d. l. 18. C. *capitale fuerit, dubitant Dd. Vinnius citatus Struvio* Ex. 6. th. 61. *(quem & vide* in evolut. ibid.) *Hahnius* ad Wesenb. d. l. *id putant. Conf. Eckolt.* hic *§.* 9. *Zoes.* h. t. n. 31. seqq. *Ex ipsa.* l. 18. C. *infirmum argumentum & id quod in principio est petens, ducitur. Suspectæ jure sunt manus Triboniani, &, ni fallor, satis deductum fuit a Wissenbach.* ad Pand. tit. ad L. Jul. de adult. *Diocletiani tempore adulterium pœna capitali notatum haud fuisse, unde non immerito idem in* Emblemat. Tribon. p. m. 403. in d. l. 18. *Triboniani Emblema agnoscit. Adducitur communiter pro ratione, cur adulterium inter crimina capitalia a transactione exceptum fuerit, quod de adulterio facta transactio, seu pactio, speciem quandam lenocinii præ se ferat*, l. 2. *§.* 2. & l. 29. pr. ff. ad L. Jul. de adult. l. un. *§.* 2. f. C. de rapt. virg. l. 14. pr. ad L. Jul. de adult. *Verum si allegatos textus evolvamus, in* l. *quidem* un. *§.* 2. in f. C. de rapt. virg. *nihil deprehendimus, quod directo huc spectet. Et quamvis reliqui textus de lenocinii crimine agant, tamen nec ex illis ratio quædam prohibitionis universalis elici potest. Ita enim Ulpianus* d. l. 2. *§.* 2. & 3. Lenocinii quidem crimen lege Julia de adulteriis præscriptum est, cum sit in eum maritum pœna statuta, qui de adulterio uxoris suæ quid ceperit, item in eum, qui in adulterio deprehensam retinuerit. Cæterum ei qui patitur uxorem suam delinquere, matrimoniumque suum contemnit, quique contaminationi non indignatur, pœna adulterii non infligitur. (*Holoandr.* Pœna adulterium non affligit. *Glossata mea plane in sensum oppositum:* Pœna adulterii in eum infligitur.) *Idem Ulpianus* l. 29. pr. ff. eod. Mariti lenocinium lex coërcuit, qui deprehensam uxorem in adulterio retinuit, adulterumque dimisit. Debuit enim uxori quoque irasci, quæ matrimonium ejus violavit, *(hanc rationem fateor me non intelligere, & quid istud QVOQVE sibi velit. Istud enim vocabulum præsupponit, quod maritus adultero iratus fuerit, cui tamen iterum repugnat, quod adulterum DIMISIT maritus. Suspicor, ita legi debere, ADULTERUMQVE* OCCIDIT, *cui lectioni favere videtur locus Pauli mox afferendus. Non obstant verba* in pr. *hic mox sequentia*: Ad-

* Non obstante tamen hac transactione, salva manet aliis denunciandi seu accusandi & judici inquirendi licentia, ita vero, ut in delictis certam pœnam ratione interesse transigentium definitam habentibus, v. g. furto, mitior quam ordinaria pœna in reum statuenda sit, Carpz. *Pr. Crim. q. 148. n. 28.*

ulterum

ulterum in domo deprehensum dimiserit. *Nam respondeo, si modo de priori lectione constet, de his verbis facile dici potest, legi debere*, Adulter Am in domo deprehensum, *&c. Facillima enim est mutatio literæ a in u,& contextui etiam magis favet hæc correctio, quam lectio communis.)* Tunc enim puniendus est maritus, cum excusare ignorantiam suam non potest, vel adumbrare patientiam prætextu incredibilitatis. Idcirco enim lex ita locuta est: Adulterum in domo deprehensum dimiserit, quod voluerit in ipsa turpitudine deprehendentem maritum coercere. *Ibidem §.* 2. 3. 4. Plectitur & qui pretium pro comperto stupro acceperit. Nec interest, utrum maritus sit, qui acceperit, an alius quilibet. Quicunque enim ob conscientiam stupri accipit aliquid, pœna erit plectendus. Cæterum si gratis quis remisit, ad legem non pertinet. (*§.3.*) Qui quæstum ex adulterio uxoris suæ fecerit, plectitur, nec enim mediocriter delinquit, qui lenocinium in uxore exercuit. (*§. 4.*) Quæstum autem ex adulterio uxoris facere videtur, qui quid accepit, ut adulteretur uxor. Sive enim sæpius, sive semel accepit, non est eximendus. Quæstum enim de adulterio uxoris facere proprie ille existimandus est, qui aliquid accepit, ut uxorem pateretur adulterari meretricio quodam genere. Quod si patiatur uxorem delinquere, non ob quæstum, sed negligentiam, vel culpam, vel quandam patientiam, vel nimiam credulitatem, extra legem positus videtur. *Sequitur sententia Scævolæ in* l. 14. pr. ff. eod. *relata.* Is, cujus ope, consilio, dolo malo factum est, ut vir fœminave in adulterio deprehensa, pecunia aliave qua pactione se redimerent, eadem pœna damnatur, quæ constituta est in eos, qui lenocinii crimine damnantur. *Ex sententiarum Pauli fragmentis* lib. 2. tit. 26. de adult. *§.* 6. & 9. *pauca hæc noto:* Occiso adultero dimittere statim maritus debet uxorem, atque ita triduo proximo profiteri, cum quo adultero, & in quo loco uxorem deprehenderit. Eum, qui deprehensam in adulterio uxorem non statim dimisit, reum lenocinii postulari placuit. *Ex his, quæ hactenus recensui, JCtorum locis constat, varia adhuc subesse dubia, in quo consisterit præcise lenocinium mariti. Nam aliud genus lenocinii est, cujus fit mentio ab Ulpiano* l. 4. *§.* 2. de his, qui not. infam. l. 43. *§.* 6. seq. de ritu nuptiarum. *& a Justiniano* Nov. 14. *Conf. Matthæi* de crimin. ad lib. 48. ff. tit. 3. cap. 2. n. 14. p.

371. *Quod vero lenocinium mariti concernit, illud ad duo summa genera referri potest.* (1) *Si quis uxorem adulteram retinuerit.* (2) *Si quis ob adulterium uxoris aliquid acceperit. Circa modum primum distinctius inquirendum foret, an hæc species spectaret ad uxorem omnem adulteram, an vero, quod probabilius, ad eam tantum, quæ in adulterio a marito deprehensa est, & porro, an ad omnem uxorem in adulterio deprehensam, sive occisus fuerit adulter, sive dimissus, an ad eam saltem, ubi adulterum maritus interfecerat? In specie altera illud maxime (præprimis quod quæstionem nostram, quam jam tractamus) exponendum esset; An lenocinii reus sit ille tantum maritus, qui de adulterio futuro aliquid accipit, an vero & ille, qui de præterito? Prior opinio probatur Brunnemanno, quem vide* ad d. l. 2. & ad d. l. 29. ff. ad l. Jul. de adult. *Conf.* d. l. 29. *§.* 5. ad l. Jul. de adult. *Posterior vero maxime videtur convenire* d. l. 14. pr. *&* d. l. 29. *§.* 2. ff. eod. *Jam perspicue ostendi potest, illam sententiam, quæ vult, adulterium ideo a transactione per Diocletianum esse exceptum; ne transigens de lenocinio suspectus sit, nihil firmi afferre. Sive enim assumas opinionem B. Brunnemanni, nulla est in ratione allata connexio, sive arripias sententiam contrariam, tunc ratio prohibitionis spectabit solum ad maritum, non ad tertium, qui non est maritus;* (*non obstant* d. l. 29. *§.* 2. d. l. 14. ad L. Jul. de adult. *quippe quæ expresse loquuntur de deprehensa in adulterio.) neque adulterum in crimine deprehendit, qui tamen, etiamsi cognatus sit, ad accusationem de adulterio admittitur,* (*vid.* not. infra ad diss. ult. th. 1.) *Neque quoad maritum ipsum videatur inferri posse: Maritus transigendo super crimine adulterii peccat, & ut leno puniri potest, ergo non valet transactio ipsa, præprimis respectu transigentis, qui transigendo non peccat. Sequeretur enim illud absurdum, quod in delictis non capitalibus transactio non subsisteret, quia si in iis de delicto suspectus paciscatur, pro confesso habetur, & infamia punitur, atque ita transigendo æque peccat ac ex mente Doctorum maritus. Sed hæc omnia, tanquam ad antiquum jus spectantia, mittamus; neque de Juris Canonici dispositione circa lenocinium mariti, simus solliciti;* (*conf.* caus. 32. qu. 1.) *sed saltem consideremus communem juris civilis moderni dispositionem & observantiam, ubi apparebit, non solum primam istam lenocinii speciem de adultera uxore in matrimonio*

retenta, non amplius in usu esse, sed & alteram de eo, qui ob adulterium uxoris suæ aliquid acceperit, ad casum adulterii futuri restringi, neque ad adulterium jam commissum esse extendendum, vid. Nov. 134. cap. 10. Auth. sed hodie. C. ad L. Jul. de adult. Ord. crim. art. 122. *verbo:* williglich. Const. Saxon. Part. 4. const. 19. *Carpzov.* P. IV. const. 29. def. 2. & prax. crim. qu. 71. n. 31. seq. *Anton. Matthæi* de crim. d. l. p. 371. *Quod vero transactionem de adulterio concernit, nec ea hodie a regula communi amplius excepta est, sed impune super delicto adulterii hodie transigere licet, attestantibus Jul. Claro* in pract. §. ult. qu. 58. n. 11. *Petr. Heig.* Part. 2. qu. 29. n. 79. *Carpzov.* d. def. 2. & d. qu. 71. n. 32. seqq. *Struv.* Ex. 6. th. 61. *Joh. Valer.* differ. utr. fori, voce transactio. differ. 2. p. m. 996. *Huic tamen ultimo in eo consentire non possum, quod putat, ex parte mariti nunquam licere in foro conscientiæ facere remissionem adultero propter præmium & pecuniam sibi datam seu promissam, quia saltem peccet venialiter ob pecuniam turpiter acceptam, non tamen mortaliter, neque ad restitutionem acceptæ pecuniæ obligari. Nam respondeo: falsum esse, quod maritus in transactione cum adultero, (modo reliquæ circumstantiæ recte se habeant,) pecuniam turpiter accipiat, cum nulla ratione fundetur hæc assertio, & quovis jure liceat ab eo, qui injuria me affecit, pecuniam pro satisfactione super injuria allata, accipere. Illud vero omnino approbo, quod Valerus* d. l. cavere *jubet* maritum, ne ex ejus facili remissione ansam adulter accipiat iterum adulterium committendi, confisus ac securus, quod si iterum inveniatur ab eo, poterit similiter se redimere. Censeo enim, *ita pergit Valerus*, peccare mortaliter, si fuerit facilis in remittendo ob pecuniam, vel se ultro obtulerit remissioni, petendo ab adultero præmium. Quare metum ei ingerat ex corde, & in veritate; mineturque, se absque ulla remissione supplicium ab eo ac vindictam justitia mediante assumturum fore, si iterum idem crimen utcunque committere ausus fuerit. *Neque id dubium habet, quod etiam moribus nostris maritus omnino ut leno puniri debeat, si v. g. fingens se dormire permittat homines ad uxorem suam accedere & postea cum adulteris transigat, pecuniam aliudve lucrum ab iis accipiens, Carpzov.* Pr. Crim. qu. 71. n. 24. *aut istud faciat ob speratum aliunde lucrum, & ne hospites relinquant hospitium. Brunnem.* ad L. 29. ff. ad L. Jul. de adult. n. 2. Hactenus ista nota. *Quamvis autem propter dicta hactenus mihi non incumbat probare ulterius, cur lenocinii ratio huc non possit quadrare, addam tamen ex liberalitate probationem palpabilem plane & plusquam mathematicam. Duæ sunt regulæ juris de transactione in criminibus, diversæ plane & non miscendæ. Una pertinet ad actorem vel accusatorem, altera ad reum. De accusatore talis est. Accusator in delictis publicis, sive capitalibus, sive non capitalibus, non potest transigere fine crimine prævaricationis seu falsi. Actor vero si sit, in privatis delictis potest, quia cessat tum illa ratio & suspicio. De reo alia est regula. Reus sive in delictis publicis, sive privatis, non potest transigere, sine metu infamiæ & præsumtæ confessionis, nisi crimen capitale sit, ubi præsumitur potius sanguinem utcunque redimere voluisse. Ab hac regula igitur excipi debet adulterium. Ratio exceptionis metus lenocinii in marito. Absurda esset exceptio, quæ non contineretur sub regula, i. e. quæ cum regula loqueretur de reo, respiceret ad regulam de actore, qualis maritus est. Deinde ratione actoris seu mariti, etiam exceptio impertinens est, cum Actor de nullo crimine, sive capitali sive non capitali, transigere possit. Ergo responsio illa de lenocinio mariti, ad explicandam* d. l. 18. *plane est impertinens. Q. E. D.*

Unde rursus liquet ratio, cur de atrocibus delictis vetita non sit transactio.

SCHOLIUM.

Scilicet, Sodomia, hæresi, Parricidio, crimine læsæ Majestatis, Wissenb. th. 17. *quamvis de crimine Læsæ Majestatis alii dissentiant.* Wissenb. d. l. Dn. Schilter. th. 27.

RESPONSIO.

Nec temere de crimine Majestatis, ut mox videbimus.

N. ADDIT.

Nec dissentio, sed dissentientes saltem in Scholio recenseo.

Cæterum, de adulterio precibus sine pretio paciscі, non est prohibitum, *l. 29. §. 2. D. ad L. Jul. de adult.* Imo ut dices; tempore Diocletiani & Maximiani, qui sunt auctores *d. l. 18.* adulterium non fuit capitale crimen, ideoque nec ab iis excipi potuit, cum hæc pœna demum a Constantino Magno irrogata sit, *l. 30. C. ad L. Jul. de adult.* quod est verum; Sed dic, interpolatam esse hanc Legem a Triboniano, qui more suo, Imperatores illos quasi ex consuetudine sui seculi fecit loquentes; quod minime est mirum, si quidem & ipsi Legi

Legi Juliæ pœnam gladii adscribere non dubitavit in *§. 4. Inst. de publ. Judic.* æque per interpolationem, ut ibi expositum est. Crimina non capitalia carent venia transactionis, quia cessante in illis redimendi sanguinis miseratione superest sola turpitudo.

SCHOLIUM.

Scilicet præterita; nam de futuris nullum est dubium, quin promissio vitium habeat, quia est de re turpi. Licebit tamen de præteritis transigere hactenus, ut reus actione civili liberetur, l. 17. §. 1. de pactis; *non vero, ut liberetur ab infamia & aliis pœnis publicis, quia habetur pro confesso, l. 6. §. 3. de his, qui not. infamia. Conf. Dn. Schilt.* d. l. th. 26.

Igitur de stupro, de incestu quoque, transigere non licet, quoniam hæc maleficia jure civili capitalia non sunt, *l. 5. de Quæstion. N. 12. c. 1.* Sed raptus cum sit capitale crimen factum, per *l. un. C. de Transaction.* jam est sub regula permissæ transactionis; ut nec, si adulterium cum raptu sit conjunctum, & ex Lege Julia de adulterio agatur, jam ut olim, interdictum obtinere possit. Parentibus autem raptæ, ne quidem si ex *d. l. un.* agatur, nullo modo cum raptore transigere licet, *d. l. un. §. pen. in fin.* Jam si absurdum non est, in genere de capitalibus transigere licere, de non capitalibus non licere, nec id quidem absurdi arguendum, quod de *παιδεραςία* seu scelere Sodomitico transactio sit licita, quam de adulterio prohibitam esse diximus, etsi major sit hujus flagitii turpitudo & immanitas: etenim est hoc capitale crimen, *l. 31. C. ad L. Jul. de adulter.* De crimine læsæ Majestatis merito dubites, an sit licita transactio, quia, licet capitale sit crimen, traditum est tamen, etiam conscios hujus criminis puniri, *l. 5. §. pen. & ult. C. ad L. Jul. Maj.* Sancitum hoc est de perduellione, quam proinde ne transactioni quidem patere dixerim; de crimine Majestatis simplici non videtur recedendum ab regula superius posita; quod Pacius *comm. ad d. l. 18. n. 38.* indistincte vult, etiam Wissenbach. *ad h. tit. th. 17. in fin.*

6. (f) Quæritur an a non capitalibus excipiatur Falsi crimen. Ita Interpretes Basilici putant *ad d. l. 18.* qui verba, *citra falsi accusationem*, vertunt ita, χωρὶς τῦ τῆς πλαςογραφίας ἐγκλήματος, id est, *excepta falsi accusatione.* Sed vox *citra* ex ingenio Latinismi dictat hunc sensum: de criminibus non capitalibus transigere non licet, *qui in crimen falsi impingatur;* confer eorundem Principum rescriptum in *l. 24. C. de Rei vind. l. 6. C. si cert. pet. l. 19. de Procur.* in quibus vox *citra*, pari sensu usurpatur; quo tollitur eorum exceptio, qui vocis *citra* hunc quidem sensum puriore seculo fatentur esse, at aliter tempore Diocletiani & Maximiani, quo Latinitas jam corrupta fuerit. Cui accedit, quod nec *l. ult. de Prævar.* noscat hanc exceptionem neque rationem excipiendi constare fateantur Dissentientes, etiam A. Matth. *ad lib. 48. ff. tit. 19. cap. 7. §. 15.* qui confugere non gravatur *ad L. non omnium. de LL.* Maximum vero hoc est argumentum, quod idem vir summus ingenue fatetur, eum, qui de crimine non capitali transegit, in Legem Corneliam de Falsis incidere, qua de re *aliis locis* agendum; Etenim, si hoc verum, quo pacto tum exceptio, qua transactionis de falso licentia nitatur, stabiliri possit, difficile dictu est. Ad *l. 7. C. ad L. Corn. de fals.* respondetur, non de falso ibi transactum, sed de instrumento dubiæ fidei; suspectum esse potest instrumentum, quod ideo falsum dici nequit; unus testis suspectum facit, falsum non facit, *l. 1. §. ult. π. Testam. quemadm. aper.* Aliter hoc modo; videri de falso civiliter actum fuisse, quod posse fieri, probat *l. 16. & l. 17. pen. & ult. D. ad L. Cornel. de Fals.* Ad reliqua facilis est responsio, nam *lex 2. C. de his, quæ ut indign.* non memorat, de falso transactum esse. Verum haud immerito quæras, quid hoc rei sit, quod transactiones capitalium criminum permittuntur, cum Sc. Turpilianum diserte contra eas sit latum? Responde, hoc Sctum prohibere transactionem accusatori post institutam accusationem, non etiam antea, nec reo transactionem vitio verti, sive ante sive post litem contestatam suum sanguinem redimere sit conatus; Enimvero id satis constat, transactione crimen non aboleri, *l. 2. C. de Abolit.* quin repeti reus a Magistratu, vel ab alio quovis accusatore potest; ne delicta maneant impunita; saltem hactenus ignoscitur reo, ne pro victo & confesso habeatur, *l. ult. de Prævaric.* Quare nihil in hac particula juris extat, quod Arti nostræ velut nævus exprobari possit, ut quibusdam temere visum est. D. Wissenb. *disp. 10. th. 18.*

7. (g) Jus transigendi competit his, qui habent

(f) *Pos. 16.* (g) *Pos. 19.*

jus

jus paciscendi ‡ & contrahendi; qua de re dictum *tit. præced.* Tutores atque Curatores de rebus pupillaribus transigere possunt, si causa sit valde anceps & ambigua, si de jure pupilli plurimum dubitetur, dubiusque sit litis eventus, adeo ut prudentiores satius judicent aliquid accipere, quam de toto periclitari, *l. 56. §. 4. de Furt. l. 46. §. ult. de Administr. Tut.* Proinde nec dubitandum, quin patri de adventitio filiifam. peculio eadem ratione causisque transigere liceat *arg. l. 10. h. t.* modo ne donandi perdendique animo transigat, *arg. l. 1. C. de bon. mat. l. ult. §. 4. C. de bon. quæ lib.* quod si tamen liberi justæ sint ætatis, eorum consensum Parens negligere non debet, *d. l. ult. §. 3.* quemadmodum & tutor, si pupilli sint infantia majores, proprie fit autor illis, hoc est, approbet id, quod pupillus gessit; hoc enim est autorem fieri, *l. 3. de Autor. Tut.* Procuratori conceditur jus transigendi in *l. 12. & seq. de pact.* negatur in *l. 60. de Procurat.* Cujacius pro *decidendi* legit ibi, *diminuendi*, *arg. l. 46. §. ult. de administr. tut.* Vulgo Dd. distinguunt inter Procuratorem cum libera, & totorum bonorum simpliciter, ut ille possit, hic non possit. Tu dic potius, negari Procuratori totorum bonorum jus transigendi regulariter, *d. l. 6.* concedi, quando ob incertitudinem juris & eventus, ipsa domini utilitas eam flagitare videtur, *d. l. 12.* idque exemplo tutorum, *l. 2. de novat.* Idem judicandum de administratoribus rerum civitatis, Syndicis, Rectoribus Collegiorum, Magistris societatum, quique præterea curam negotiorum non suorum habent, de quibus vide citatos a Wissenbachio ad *h. tit. th. 7.* Sic etiam tralatitium est, quod transactio non præjudicet aliis, *l. 3. in pr. h.* vide sis Bronchorst. 1. *antin. 45.* Wissenb. *ad h. t. th. 21.*

8. (h) Effectus transactionis est adeo validus, ut nullo modo lis instaurari queat, licet instrumento necdum ea de recomposito, *l. 5. C. h. t. nisi convenerit eas in instrumentum recipi: Tune enim non prius habent vires, quam instrumenta in mundum recepta subscriptionibusque partium confirmata sint, & si a Tabellione conscribantur, etiam ab ipso completa, & postremo a partibus absoluta sint, l. 17. C. de Fid. instrum.* De usu hujus limitationis in universum, *alibi* locus erit agendi. Heic monendum, eam non habere locum, *nisi partes suum consensum a Scriptura suspenderint:* Nam si plenus fuerit consensus & Partes absolute acquieverint, etsi dictum sit instrumento rem gestam esse comprehendendam, Transactio statim valida est, ut omni die servatur. Exemplum valde aliquot annis agitatum referam hujusmodi. Inter Johannem & Samuelem Arcerios, heic loci fuerat Societas libraria. Priore mortuo, alter cum defuncti Filia, re dubia, transegerat, pro duobus florenorum millibus cum parte librorum; *Michaele Buschio Viro Cl.* & me, cum *Johanne Wellens, Academiæ Typographo*, parariis. Gratulationes a partibus erant acceptæ, poculis reciprocis confirmatæ, placueratque, ut conditiones a me in chartam conjicerentur, donec justum instrumentum, sera tum vespera, confici posset: interim Buschius & ego pro memoria, schedæ subscriberemus; quod factum. Aliquandiu postea uxor Samuelis Arcerii accessit ad me, petens illam schedam rescindi, sibi maritoque non placere conditiones. Me tergiversante, ni pars altera consentiret, res in litem deducta per tres instantias ventilata est, bis apud supremam Curiam. Fundamentum illorum erat in *d. l. 17.* etiam in his verbis *d. l. 17. Ut nulli liceat, priusquam hæc ita præcesserint, vel e scheda conscripta, licet literas unius partis vel ambarum habeat*, (nempe si convenerit, ut a Tabellione fieret instrumentum) *vel ipso mundo, quod necdum est impletum vel absolutum, aliquod jus sibi ex eodem contractu vindicare.* Talem volebant esse schedam a nobis ut testibus subscriptam. Res inde pendebat, absolutene consensissent & in conditionibus acquievissent, an ab instrumenti confectione rem suspendissent. Consensu libero & absoluto duobus testibus approbato, condemnatio apud inferius Judicium, & apud Curiam judicio Appellationis ac Revisionis, secuta est.

‡ Ergo & ii, qui Pauperum jura in judicio nacti sunt. Ne tamen hi eludant clandestinis transactionibus justam judicis de refundendis impensis petitionem, ejusmodi transactiones judicialiter fiant necesse est. Qui secus fecerit, sciat, transactionem suam cum paupere jurato esse nullam, seque ipsum judici impensarum sumtuumque nomine teneri. Ut neuter transigentium causam habeat judicem eo nomine fugiendi, pro ejusmodi cum pauperibus initis transactionibus, in judicio nihil solvendum est. *O. P. S. E. l. & E. Tit. 1. §. 14.*

(h) *Pos. 10.*

9. Alio-

9. Alioqui Transactio valet, etsi ex instrumentis postea repertis de causa aliter liqueat, *l. 19. C. h. t.* exceptis Reip. & pupillorum causis, *l. 35. de re judic. l. un. C. si adv. transact.* Durum quidem videtur, remittere creditorem id, quod liquido probare potest, sibi deberi; sed datur hoc utilitati publicæ, cum nihil æque tranquillitatem communem turbet, quam renovatio litium judicatarum vel transactarum. Enimvero, si transactio e falsis instrumentis facta sit, omnino rescinditur, *l. 42. C. h. t.* Lex ait, *retractatur*, idque repetit; hoc autem novimus opponi in legibus ei, quod est ipso jure *nullum*. Tamen ex falsis instrumentis initam transactionem esse ipso jure nullam, tradit Giphan. *ad d. l. 42. p. 73.* Cujac. *in parat. C. Si ex falſ. instrum.* Wissenbach. *ad h. t. th. 25.* idque volunt ita exemplo rei judicatæ obtinere, ex *l. 1. & l. 2. & d. t. C. si ex falſ. instrum.* Atqui in *l. 33. in fin. D. de re jud.* diserte scriptum reperimus, causam in integrum restitui; & quanquam non negem, posse fieri, ut vocabulum restitutionis in integrum improprie sumatur, nihil tamen video in *d. tit. C. Si ex falſ. instrum.* quod vim verbo facere nos cogat. Habetur quidem in *l. 2.* eos, qui ex instrumentis falsis se victos esse probare possunt, cum de crimine docuerint, ex integro de causa audiri; quod fit sane, ubi actus ipso jure nullus est; sed idem fieri necessum est, quando rescissio & retractatio & restitutio in integrum instituitur; etenim sine nova causæ cognitione litem sententia vel transactione sopitam resuscitare nefas fuerit. Ut adeo nihil causæ videam, cur a verbis legum claris earumque sensu usitato sit recedendum. Interim non per modum appellationis, nec etiam forte per remedium restitutionis, movebitur hæc quæstio, ne brevior obstet præscriptio, sed Lex *1. l. 3. & ult. d. t. C.* suggerunt civilem falsi actionem & consequenter indebiti condictionem; quæ sunt æque perpetua remedia, quam παλινδικία, sive querela nullitatis. Quod si instrumenta ipsa non fuerint falsa, sed adversarius instrumenta vera subtraxerit, aut aliter dolo malo fecerit, ne illis uti posset adversarius, tum datur mihi vel replicatio, vel actio doli mali; Replicatio, si agenti mihi pristina actione alter opponat exceptionem transactionis; actio doli, si prior actio mea perempta fuerit, *l. 19. C. h.* Cæterum, hanc actionem vel exceptionem non dari adversario, cujus dolo perpetrata fuit transactio, res ipsa loquitur, *l. 30. C. eod.* nec indiget τοῦ oppono & respondeo, ut noster satagit Wissenbachius *h. th. 23.*

10. (i) Præterea valor transactionis exinde patet, quod etsi nulla res media fuerit, nihilominus subsistat, ita ut repeti non possit, quod est solutum, *l. 65. §. 1. de Condict. indeb.* Quid hoc est, *nulla res media?* Hoc est, si nihil inter Partes transigentes veri debiti vertebatur: Transactio quidem proprie non potest dici valere, quia sine subjecto negotio nihil est, de quo transactio prædicetur; sed tamen repetitio non datur, quia verum non est, pecuniam indebitam esse solutam; causa enim solutionis est vera; quippe transegerunt, neque spernenda hæc causa est, quod is, qui transegit, eo pacto liberatus est a lite, cui se eximere magni faciebat, *l. 65. §. 1. de condict. indeb.* Exemplum est in *l. 23. C. de Transact.* Tatianus putans, se esse heredem Archemidori, conventus erat ab hujus creditoribus, & metu litis cum his transegit partemque pecuniæ solvit, hac lege, ne quid amplius ab se peteretur. Intellecto dein, alios Archemidori heredes esse, pecuniam solutam a creditoribus repetiit; frustra: quin iidem creditores solidum quod debetur, a veris heredibus exigere possunt, neque juvantur hi exceptione transactionis cum Tatiano factæ, quia transactio inter alios celebrata aliis non prodest, nec adeo quam possessor hereditatis fecit, ea proficit heredi, *l. 5. §. ult. h. t.* Tu dices, an igitur bona fides patitur, ut idem bis exigatur, contra *l. 57. de R. J.?* Responsio est, non posse idem bis exigi ab eodem & ex eadem causa; sed hic personæ causæque sunt diversæ: Si tamen obligationi, quam dictat pudor rectæque rationis verecundia, parere volunt, non recusabunt Tatiano reddere, quod is innocuo errore solvit, utique si ab Archemidori veris heredibus suum consequi possint. Sed annon posset Tatianus cedere suum jus heredibus, ut hi ex persona Tatiani exceptione creditores repellerent? Ne id quidem dicendum, quia Tatianus non potuit plus juris cedere, quam ipsemet habuit.

Porro adeo valida est transactio, ut verius sit, nequidem prætextu læsionis ultra duplum, ex beneficio *l. 2. C. de Rescind. vend.* eam posse rescin-

(i) *Pos. 21.*

di, * quod & textu & ratione subnixum. Textus est in *d. l. Titius. 78. §. ult. ad Sc. Trebell.* ubi licet quadruplo plus sit in hereditate quam transigentes putavere, tamen si transactione confectum sit negotium, non potest retractari. Accedit hæc ratio, quod in beneficio *L. 2.* rem oportet esse certam, cum alioqui de duplo constare nequeat, in transactione autem res sunt incertæ, nec aliæ esse possunt: tamen ita res temperanda videtur, ut si omnia adhuc integra neque perfecta sint mutuis præstationibus, si tum alter nihilominus urgeat impletionem, ei exceptio doli mali obstare videatur, quatenus dolo res carere non videtur, qui tanta inæqualitate præfracta velit uti, *l. 5. C. de dol. mal.* nisi per juris errorem id evenerit, ut aliquis transegerit, ubi nulla causa debiti erat in medio, sicut in hoc exemplo: Bernhardus Meilanæ cum sociis, defuncto fratris germani filio, transegerant cum Georgio, Gellio, aliisque defuncti fratris uterini filiis, de hereditate, ad quam hi nullum jus habebant, juris errore. Conventi nolebant solvere, quod nulla causa transigendi fuisset, nec tam ultra dimidium quam toto læsi essent; Condemnati sunt, etiam eo quod juris error in lucris non prosit aut excuset, *l. 2. & l. ult. C. de jur. & fact. ignor.* teste Nauta, die 27. Oct. 1646.

Postremo & hoc ad firmitatem transactionis pertinet, quod specialis sanctio prodita est adversus majorem annis 25. qui transactionem juratam servare curæ non habuit; Nam is primo notatur infamia. Secundo, perdit actionem, aut jus, quod prius habuit. Tertio pœnam, si quam promiserit, præstare cogitur. Postremo, quæ transactionis causa data sunt, ea reddere compellitur, *l. 41. C. h. t.* ubi licet mentio fiat modo pacti, modo transactionis, id tamen ἐκ παραλλήλου fit, & articulus *vel* exegeticus est, pro *sive*, quoniam, ut *supra* ostendimus, Transactiones sunt pacta & sæpe ita simpliciter appellantur: Unde statuendum, sanctione *d. l. 41.* contineri solummodo transactiones, non alia pacta, neque contractus. D. Wissenb. *ad h. t. 26.* Quid moribus hodiernis obtineat, & exempla judicata, videbimus *ad tit. D. de Rescind. vend.* Huc refer illud exemplum rei judicatæ *sup.* in hoc paragrapho 10. adductum, ubi, quod transactio valeat, etsi nulla res media fuerit.

11. Scilicet tantus est valor transactionis in sua intentione consideratus; non est æque magnus in extensione, liceat ita loqui. Nam hac parte regulam habemus, quod Transactiones sint stricti juris, & quod non valeant in his, de quibus cogitatum non est, vel potius, quod non est expressum, *l. 9. §. 1. & 2. h. t. l. 3. C. eod. l. 35. de Pact.* nisi aliunde aliisque argumentis, & circumstantiis probatum fuerit, etiam de eo, quod specialiter non est expressum, partes cogitasse, sicut in *l. 122. §. ult. de V. O.* accidit inter fratres, quod ad quæstionem de fideicommisso. Alioqui transactio facta super fideicommisso in testamento relicto, non extenditur ad id, quod in Codicillo relictum est *l. 3. §. 1. l. 12. h. t.* Evidentius exemplum est in transactione super alimentis facta. Nam etsi alimentorum vocabulo in casu Legati, contineatur etiam vestiarium, calcearium & habitatio, *l. 6. & l. ult. de alim. legat.* tamen in transactione super alimentis facta, nihil horum trium intelligitur comprehensum, *l. 8. §. 12. h. t.* vid. Bronchorst. *1. ant. 47.* Huc etiam pertinet observatio, quæ frequentem habet usum; quoties in transactionis præfatione specialis mentio fit causæ vel causarum, de quibus inter partes disceptatur, & dein sequitur clausula vel decisio generalis, tum de aliis transactum non videtur, quam quæ specialiter in præfationem deducta fuerant, *l. 29.* ubi gl. *& l. 31. C. h. t.* ne transactio alioqui facile trahatur ad incogitata, *l. 5. & l. 9. §. 1. h. l. 3. C. eod.* verum, si præfatio tam generalis fuerit, ut appareat, id egisse contrahentes, ne quid indecisum relinqueretur, secuta generali decisio generalem recipiet interpretationem, ne qua litis materia inter eos supersit, qui non a lite tantum, sed ab omni litis metu discedere voluerunt, qua de re. A. Faber *ad tit. Cod. de Transact. defin. 6.* Attamen & priore casu, si tam aperta & enixa sint generalis clausulæ verba, ut dubitari non possit, quin de cunctis quæstionibus sit cogitatum, idque inter contrahentes actum appareat, ne qua litis materia inter eos superesset, causa

* Consentit Vinn. *Sel. Qu. l. 1. c. 57.* Ant. Fab. *d. Err. Pragm. dec. 8. err. 10.* conf. Menck. *Contr. Jur. Civ. Diss. 1. th. 22.* Dissent. Carpzov. *P. 4. C. 3. def. 1.* Svendend. *ad Eckh. h. tit. §. 11. verb. objicitur.* Fachin. *Contr. l. 2. c. 26.* dissentientium sententia placuit Legislatori Saxoniæ, *P. 1. C. El. 34.* adeoque apud nos transactio rescinditur, quoties pars læsa probat, sibi tempore transactionis duplo plus, quam consecuta est, debitum fuisse, Schilter. *ad ff. Ex. 9 th. 18.* moribus Germanorum eam sententiam convenire asserit, conf. Stryck. *de Cautel. Contr. sect. 3. c. §. 21.* qui eandem communiter in Germania receptam esse dicit.

nulla

nulla est, cur generalis clausulæ potestas ad rem certam, quæ transactioni causam dederit, coarctetur; ut idem Fab. ad *d. t. defin. 12.* ubi in fine ait, hinc veteres monuisse; caveant *sibi contrahentes a stipulatione Aquiliana*; quæ videlicet transactionibus subjici solet, non quidem per modum solennis interrogationis & responsionis factæ verbis, *hodie*, sed per modum conclusionis, & repetitionis, atque confirmationis; tametsi alioqui nec ipsa Aquiliana stipulatio, quantumvis generalissima, extendatur ad incogitata, ut idem *eadem definitione* monet. Adest exemplum: Privignus cum noverca transegerat; enumeratis initio speciebus controversiarum, deinde Clausula generalis erat subjecta, per modum Aquilianæ Stipulationis, quod ab omnibus litigiis desisterent &c. Deinceps emersit præstatio vetus, non memorata in Transactionis instrumento; quam petit privignus, & adjudicata est a Curia Suprema, non obstante Clausula generali efficacissima; Actum *inter partes praenobiles mea memoria*.

12. Quemadmodum Transactiones non egrediuntur res, de quibus conceptæ sunt, ita neque personis extra contrahentes præjudicant, *l. 27. §. 4. de Pact. l. 25. C. eod.* Hinc Scævola tradit, *lib. 1. Dig. Si heres scriptus transegerit cum matre defuncti, legatarios & manumissos scriptum heredem nihilominus esse conventuros, si quidem heres onera hereditatis in se recepisse intelligitur, L. 3. in pr. h. t.* Idem Scævola *l. 2. Respons.* sic docet: *Si transactio inter legitimum & scriptum heredem certa lege facta est, & alii creditores sint, quam qui transegerunt, propter incertum successionis, pro parte hereditatis, quam uterque in transactione expresserit, utilibus conveniendus est. l. 14. h. t.* Hæc non videntur convenire; modo heres solus, modo uterque, scriptus heres & legitimus, conveniendi dicuntur. Ex ratione juris, quod in *l. 3.* habetur, prævalere videtur, *l. 29. §. 2. de Inoff. Test. arg. d. l. 27. §. 2. & l. 25.* Responsiones ad *l. 14.* variæ sunt, ut apud *Glossam* videre licet, & apud Bronch. 1. *antin. 47.* Bachov. *Comm. ad h. t. p. 73.* Wissenbach. *ad h. t. th. 21.* Sed est alia responsio, qua Viris Cll. utendum videtur. *In l. 3. in pr.* Scævola respondit, *ajunt*, ex vera ratione Juris, ingenuo usus judicio, nec obnoxio sordibus aut gratiæ, quibus succubuit respondens in *l. 14.* Pax! Themidos Sacerdotes! non sufficit antinomiam fateri in eodem JCto & inconstantiam? Addere oportet nequitiam & sceleris causam Conditoribus Artis! Mihi sic videtur: Primo, antinomiam non esse, palam est: Sunt enim diversissimæ species. In *l. 3.* dantur actiones legatariis & manumissis, qui testamento inserti solum heredem scriptum conveniunt: in *l. 14.* sunt Creditores defuncti, qui non habent actionem e testamento. Rursus in *l. 14.* Legitimo heredi pars Assis decisa est, ut scriptus heres & ipse, pariter haberent successionem, in verbis, *propter incertum successionis;* pro parte hereditatis, quam uterque in Transactione expresserit. In *l. 3.* nihil ejusmodi est; mater aliquid accepit, scriptus heres solus hereditatem & jus successionis retinuit; Ergo solus tenebatur Legatariis. In *l. 14.* incertum fuit jus successionis, valeretne Testamentum, an secus. Incertitudo transactione sublata non est; quis dicet, scriptus an legitimus, jure sit heres, quod ipsi incertum reliquerunt? uterque jam pro herede se gerit post transactionem; Antea neuter adiit aut pro herede gessit; nec enim qui contendit jus successionis ad se pertinere, hoc ipso adit, aut pro herede gerere videtur. Prorsus nulla ratio fuit, tam enormem inire conciliandi rationem. Addenda conclusioni veræ conciliatio.

13. Superest, ut remedia, quæ transigentibus inter se mutuo dantur, breviter explicemus. Enimvero, cum Transactio in se considerata tantummodo sit pactum, consequens est, eam non producere actionem, sed exceptionem duntaxat, *l. 27. C. h. t.* similiter actio per eam, ut est mos nudi pacti, non extinguitur ipso jure, *d. l. 28.* sed ut hoc effectu ad pleniorem securitatem potiantur transigentes, facere solent, ut Aquilianam stipulationem & acceptilationem subjiciant *l. 4. h. t.* cujus ea videlicet est vis, ut obligationes ipso jure tollat, *§. 1. Inst. quib. mod. toll. obl.* unde ratio constat, cur Acceptilatio immediate applicari nequeat, sed interveniens ministerium Aquilianæ stipulationis requirat. Verum quia sic nequedum actio nascitur, consultius adhuc dicitur, pœnalem subjicere stipulationem, *l. 15. h. l. 40. C. h. t.* Unde tum, videlicet, agi potest adversus eum, qui transactione stare recusat, ut pœnam in stipulatum deductam præstet; *dd. ll. l. 6. C. de contrah. stipul.* Cæterum, qui pœnam exegit ex stipulatu, exceptionem deinde transactionis opponere neutiquam potest, *l. 10. §. 1. de Pact.* Nec enim ratio patitur, ut pœnam petat & nihilominus commodo atque exceptione transactionis fruatur, quia pœna succedit in locum ejus, quod interest, quod bis exigit nequi, *d. l. 10. §. 1. de Pact.*

l. 115. §. ult. de V. O. l. 12. §. 2. de Pact. dotal. Quod igitur in *l. 122. §. ult. de V. O.* ait Scævola, pœnam esse committi, tametsi reus jam exceptione pacti sive transactionis sit usus, ita accipiendum; quod ipso quidem jure pœna committatur, sed quod dein per acceptilationem ab eo, qui transactionis beneficio usus est, sit remittenda, juxta *d. l. 10. §. 1. de Pact.* ita Cujacius *d. l. 10.* & Bachov. *comm. ad h. t. p. 734.* Duo casus excipiuntur, quibus & pœna exigi, & exceptio transactionis opponi potest; si nimirum ita convenerit, ut simul utrumque locum habeat, *l. pen. h. t. l. 17. eod.* & si transactio fuerit jurata, ut modo intelleximus ex *l. 41. C. h. t.* Sed quem usum dices, habebit hæc quæstio, si tu ponas litem non modo transactione sopitam, sed actionem quoque per acceptilationem peremptam; quomodo tunc actio resuscitari potest? Respondetur, actionem illam, quæ post exactam pœnam datur, esse utilem, rescissoriam & restitutoriam, quasi rescissa acceptilatione. Ita Wissenbachius noster ex Cujacio & ex Bachovio *th. 29. ad h. t.* Sed tu adhuc urgebis, quo pacto potuit actor resilire a transactione aliter, quam veteri actione denuo mota, & quomodo veterem instituere potest, si acceptilatio illa extincta fuit? Plane, alii hanc quæstionem de concursu pœnalis actionis cum exceptione transactionis, accipiunt de casu, quo transactio per pactum duntaxat perpetrata est, in quibus terminis loquitur etiam dicta *l. 10. §. 1. de Pact.* Quod si tamen ponere placeat, acceptilationem subjectam, necesse fuerit, actionem consensu rei ab altero esse susceptam, ipsoque facto disceptatam, cum de jure reus eam admittere non cogeretur, ut fit etiam in *l. 10. C. h. t.* Habet etiam illa restitutoria actio usum, quando reus in mora est præstandi quod promisit, acceptilatione jam ad perimendum actoris jus interposita.

Hoc igitur certo jure tenendum; cum sola conventione transactum est, exceptio datur agenti contra fidem placiti, quod si ipse reus non faciat, quod alteri, ut a lite desisteret, promisit, actio vetus sine dubio superest, *l. 27. pr. de Inoff. testam.* ubi exheredatus, qui mota querela dein transegit, si hæres transactioni non pareat, integram habet querelam. At difficultatem movet *l. 6. C. h. t.* ubi querela transactione remissa non potest suscitari, sed adversarius non servans placiti fidem conveniendus dicitur, actione ex stipulatu, vel actione præscriptis verbis; illa, quando subjecta est stipulatio, hac, ubi nudis pacti terminis se continuerunt. Sed ratio est, quod in *l. 27.* exheredatus ipse querelam instituit; in *l. 6.* heredes ejus idem parant; Atqui heredes non habent ius querelæ, a defuncto non præparatæ, *l. 6. §. de Inoff. testam.* vel quod idem est, omissæ, *l. 15. §. 1. eod. tit.* Altera, quæ datur, actio in *d. l. 6.* est Præscriptis verbis; quæ datur ei, qui ab sua parte transactionem implevit; quoniam tunc omne pactum, adeoque & transactio, transit in contractum innominatum, *l. 39. C. eod.* An hinc etiam sequitur, eum qui dedit, ut alter a lite desisteret, posse repetere quod dedit, ex pœnitentia? Negatur hoc in *d. l. 39. C. h.* & a nobis supra admonitum est. Wesenbec. *ad h. tit. n. 7.* probat, hoc esse commune omnibus innominatis contractibus, ut quamdiu alter vult, etiam sero licet, implere transactionem, cesset retractatio; sed hoc quidem falsum esse, postea videbimus. Id jam non dubitatur, quin moribus hodiernis ex omni Transactione, licet nudo pacto inita, detur actio, qualem ex omni pacto nudo dari, superius admonuimus. Wesenb. *h. n. 7.*

LIB. III.

TIT. I.

De Postulando.

I. Continuatio, quid Postulare, & cujus usus olim. II. Prohibitio Prætoria. III. Prohibitio per legem & per sententiam. IV. Vetus Advocatorum & Patronorum discrimen sublatum. a V. ad XVI. Officium Advocatorum. XVII. Differentia a Procuratoribus. XVIII. Quomodo Advocati esse desinant.

(a) PRimum, quod pro tribunali agitur, est POSTULATIO, quæ definitur, *Propositio desiderii sui, vel amicorum, apud eum*, qui Jurisdictioni præest, *vel contradictio desideriis aliorum*, *l. 2. §. 2. h.* Proprie igitur apud Prætorem fit; improprie, qui proponit apud judicem pedaneum postulare dicitur, *l. 1. §. 6.* Olim quilibet tam in propria quam aliena causa

(a) *Pos. 1. 2. 3.*

sa postulabat, ut & Advocati, qui volebant, esse poterant, ut passim apud Ciceronem & Comicos videre licet; imo & in Edicto hujus tituli: Postulare enim licet omnibus, qui non prohibentur. Deinceps,& Moribus hodiernis,eam rem publici muneris instar factam esse, constat.

2. (b) Prohibitio est inprimis ex Edicto Prætoris; item ex Constitutionibus; aliquando & ex Sententia. Edicto quidam *in totum*,aliqui *ex parte* prohibentur: In totum pueri non impletis septendecim annis, item surdi, quibus adde furiosos & mente captos, *l. 1. §. 3. h.* Ex parte qui prohibentur, vel pro se tantum possunt, vel pro se & conjunctis personis; de quibus ad *tit. Qui satisd. cog. & de in jus voc.* Pro se tantum possunt mulieres & cœci, *l. 1. §. 5. h.* Mulieres ob verecundiam sexus, quam enormiter læsisse narratur inverecunda *Carnifania, d. §. 5.* Moribus hodiernis mulieres non modo postulare,sed & in propriis causis stare prohibentur, nisi curatorem ad litem habeant. Grot. *Isag. l. 1. c. 4. in fin.* quod tamen apud nos in mulieribus innuptis non servatur, secus ac de moribus Germaniæ testatur Thomasius *ad posit. 5. h. t.* * De cœcis ratio redditur, quod insignia magistratus videre & revereri non possint. Talia sunt, latus clavus, toga prætexta,sella curulis,fasces in Consule XII. in Prætore Urbano & Præside sex; olim erant in Dictatore XXIV. Recentiori Imperio certus etiam lampadum numerus *Edict. Justin. 8.* Fuit & hæc ratio in cœcis, quod Veteres, ut dirum & mali ominis,cœci occursum, maxime in solennibus, esse putabant: quæ causa fuit, opinor,quamobrem Brutus Publium Nonii Asprenatis patrem aversa sella destituerit, cum vellet postulare, *d. §. 5.* Porro, inquam, Prætor, *habetur in d. l. 1.* pueritiam & casum excusavit. Cujac. *lib. 26. Obs. c. 38.* legi vult *excuriavit*, forsitan haud temere; non tamen necessario, quia sæpe fit, ut *excusandi* verbum improprie sumatur; utique in Tutela, qui proprie prohibeantur, eos sæpe legas excusari. In *l. un. C. de his, qui morbo.* muti, surdi, cœci *excusationem* habere dicuntur. In *Inst. §. 19. de Excus. Tut.* mariti,qui certissime prohibentur, etiam *excusari* dicuntur. In *l. 11. D. de decurion.* Callistratus τὸ prohiberi & *excusari* a decurionatu, promiscue ponit. Ratio abusionis est, ut lenitas verbi invidiam rei mitiget, quod est ὀνόματι παραπέτασμα τὴν μοχθηρίαν, ut comice loquitur Aristophanes in *Plut.* Itaque respectu eorum, qui ob causas non odiosas,& sine culpa sua removentur, ne contumeliæ ætatis & surdorum videatur adscribi, quod prohiberi dicuntur. Germaniæ suæ moribus cœcorum prohibitionem non servari,testis est Thomasius,Schol. *ad Pos. 5. h. t.* Item insigniter infames, *l. 1. §. 6.* quales. qui corpore suo muliebria sunt passi,(non igitur qui fecerunt? forte non, quod ab hoc scelere honestissimi Gentilium non abfuere, non Cicero, non Plinius, nec ipse quidem Socrates,) damnati calumniæ, qui operas suas, ut cum bestiis depugnarent, locarunt, non qui sine mercede pugnarunt, nisi in harena se passi sint honorari,denique criminis capitalis damnati, *d. §. 6.* Pro se & conjunctis personis,nempe pro parentibus, liberis, fratribus, uxoribus, patronis, licet postulare iis, qui vulgariter infames sunt, non pro aliis, *l. 1. §. 8. & ult. l. 2. & seqq.* nisi in integrum sint restituti, *§. 9. h.* scilicet a Principe vel ab Senatu. Nam Prætor ejusmodi restitutiones facere non potest, per *gratiam*, sed tantum per *Justitiam, d. l. 1. §. 10. h. t.*

3. (c) Ex Constitutionibus, postulare prohibentur Judæi, Pagani, Judices & Arbitri in causa ipsis commissa, Patroni, qui de substantia (vulgo *de quota litis*) cum clientibus pacti sunt, item qui a judice datus ei, qui patronum non reperibat, morem gerere noluit; denique potentiores, *l. 5. l. 6. pen. & ult. C. h. t.* item *tit. C. ne lic. potent. Tit. Ne fisc. vel resp.* Sententia prohibentur, qui male versati in causis foro interdicti sunt, quod vel ad tempus fit, vel in perpetuum *l. 8. h. t.* ut tamen hi consulendo,scribendo,partibus inservire non prohibeantur: Quin nec extra Jurisdictionem judicis, qui interdixit, postulare prohibentur, modo causa non fuerit talis, ut prætoriam aut legalem inferat prohibitionem postulandi, quoniam talis infamia ubique obstat, *l. 9. h.*

4. Olim, ut dictum, cuivis Advocato esse licebat; plerumque tamen juris callidi adhibebantur. Sed Patroni ab Advocatis differebant. Oratores enim plerique tota urbe nobilissimi viri

* In Electoratu Saxon. idem obtinet, quod curatoris subsidio in judicio mulieres comparere debeant. Solæ tamen ibidem standi personam habent: reæ in criminibus; in matrimonialibus; in testamentorum insinuationibus; in testimonii judicialis dictione; in oblationibus ad jurandum. Quod prolixius exequitur Menck. *ad O. P. S. t. 8. §. 8.*

(b) *Pos. 4. 5. 6.* (c) *Pos. 7. & seqq.*

patrocinabantur, nec sub Cæsaribus eloquentia forensis obsolevit, & a solis JCtis patrocinandi munus inde cœpit usurpari, qua de re videatur *Dial. de causis corrupt. eloq.* Postremo Advocatorum Patronorumque munus idem ac unum fuit, & quasi publicum, quorum itaque proprium fuit postulare, *tit. C. de Advoc. div. jud. cum seq.*

DE ADVOCATIS.

Illorum definitio & officium exponitur integritate, modestia, prudentia.

5. SEd quia plerique eorum, qui nostræ vocis & styli officio utuntur, id agunt in Academiis, ut aliquando fiant Advocati in foro, & locus de illis heic agendi offert, non possumus eos silentio præterire. Quid est ADVOCATUS? *Est vir bonus, jurisperitus, a litigantibus rogatus, ut voce vel scripto causam suam Judici exponat, probet, atque ex arte defendat, ad hoc officium publica auctoritate admissus.* Prosequamur hanc definitionem. Est VIR BONUS. Hanc qualitatem animi exigimus in Advocato, perinde, ac in Judice, secundum Leges, quæ jubent illum officio suo *integre, fideliter & modeste fungi, l. 1. & l. 6. §. 1. C. h. t. l. 14. C. de Judic.* etsi autem non omnes esse viros bonos, notissimo generis humani convitio illis imputatur, sufficit, ut hac virtute definiantur, quod tales esse debeant, quales sanctissimum Justitiæ Sacerdotium illos esse declarat, *l. 1. de Just.* nempe, si non aliter quam τοῖς ὀρθῶς ἔχουσι συμπονοῦντες, iis, qui *bonam*, id est, probabilem causam habent, *adsistentes reperiantur*, ut Synesius *epist. ult.* loquitur.

6. JURISPERITUS. Tales esse oportet, si præstabunt, quod Leo & Anthemius de illis prædicant, *ut gloriosæ vocis confisi munimine, laborantium spem, vitam & posteros defendant, l. 14. C. de Advocat. diverf. Judicior.* Nec magis obstat, quod multi juris imperiti inveniuntur, huic parti definitionis; quam multorum improbitas, VIRO BONO. Sed bene consultum erat in plerisque Foris, quod nemo ad officium Advocati admittitur, quam testimonio doctrina Legali nobilis Academiæ alicujus instructus, nisi multitudo Academiarum, ac inde male orta æmulatio, id ipsum remedium prope elumbe reddidisset.

Οὐκ ἀγαθὴ δ' ἔρις ἥδε βροτοῖσι.

Quod si jam Mornacii tempore sic in Galliis invaluerit vitium, ut sesquimense rusticus & quindecim diebus scriba vel procurator, Juris Consultus fieri potuerit, quemadmodum exemplum ad *pr. h. t.* demonstrat, quid miremur, hodie *triduo*, ut olim Cicero jocabatur, aut citius fieri Jurisperitos? An & Latine scire oporteat Juris Consultum, aliquando quæsitum est; nec dubium, ubi Romanis Legibus utuntur: & si contrarium nostra memoria extat exemplum, id tamen non tam in juris opinionem, quam promoventium dedecus acceptum esse videtur. Est tamen omnino quædam hujus rei latitudo, nec antiquo rigori pares sunt mores seculi, vel potius conditio generis humani; quod in infinita varietate ingeniorum nec capit æqualem eruditionis facultatem, nec ingeniis honorem præstare posset, nisi pauci excellerent. Non spernenda *Johannis Gerhardi Vossii* observatio in dissertatione de *Ratione studiorum*, eos, qui Juris DOCTORES appellantur, non utique ad facultatem docendi e cathedra exigendos, sed eum videri esse Doctorem, qui de Arte sua tantum perceperit, ut eam ad usum civilemque trituram admovere & applicare possit. Suspicienda gravitas Leonis Cæsaris, qui neminem in Advocatorum ordinem vult admitti, *quamquos Jurisperiti illorum Doctores, sub gestorum testificationem jurent,* esse eos, qui subrogari voluerint Advocatis Præfecti Prætorio decedentibus, *peritia juris instructos. l. 11. C. de Advoc. diverf. judicior.* *

7. A LITIGANTIBUS ROGATUS. Advocatus ita dictus est, quod a litigantibus *advocabatur* in consilium, idemque *Patronus* est dictus, ut is, qui opem ejus imploraverat, *Cliens* intelligeretur, estque hæc notissima differentia Advocati a Procuratore: quod hic mandato constituitur, ut *infra* videbimus, Advocatus vero precibus aditur; ille Dominum, hic Clientem habere judicatur.

8. CAUSAM SUAM JUDICI EXPONAT. Hoc est, quod intelligimus voce *Postulandi*, proprium Advocatorum Officium, *l. 8. pass. h. t. & tit. C. de Advocat. diverf. jud. & judicior.* postquam id cuique in sua causa difficile tandemque re ipsa desuetum fuit: Sed & alias, inquam, ob difficultatem rei, teste Fabio; In

* De Advocatorum Saxon. Elect. qualitate, conf. dicta *ad Inst. p. 434. 458.*

Scho-

Schola, inquit, *liberum, in Foro rarum est, ut sit idoneus rei suæ quisque defensor, lib. 4. c. 1.* Idque *semper, etiam in facundissimis Patronis, quorum nomine causæ auditæ sunt in Senatu, videmus*, inquit Cicero, *1. de Orat.* Verum in multis Foris (non tamen in omnibus, ut de Germaniæ pluribus testatur D. Thomatius in *Scholiis ad h. t.*) ne quidem est permissum, litigantibus in propria causa postulare, nec quidem ulla verba facere, idque ita in nostra Curia Suprema cæterisque dicasteriis servatur, & expertus est *Johannes Wubbena* Professor Philosophiæ in hac Academia: Qui cum a Procuratore Generali publice de variis criminibus accusatus ipse coram ab Advocato suo impetrare non posset, ut quædam argumenta, quæ pro se militare credebat, proponeret, a Commissario ad Tribunal, veniam dicendi petiit; sed responsum accepit; *Nemini in judicio licere verba facere, quam qui jus postulandi accepisset*, ante magnas Ferias anno 1678. idque volunt ultima verba definitionis;

9. AD HOC OFFICIUM PUBLICA AUTORITATE ADMISSUS, & jure pro *omnibus postulandi*, quod habetur in *l. 9. h. t.* instructus. Sed habetur adhuc in definitione VOCE VEL SCRIPTO; Moris Romani fuisse, ut postulatio viva voce fieret, ex eo quod *Postulatio* esse dicitur in *l. 1. §. 1. h. t. & quod de gloriosæ vocis munimine habetur in d. l. 14. C. de Advoc. diverf. judicior.* Item; *negotia perorare, l. 11. in fin. eod.* ac aliunde *passim.* Sed moribus Germaniæ nostrisque receptum est, ut pleræque disceptationes causarum, scriptis commutatis, dein seorsim a Judicibus examinatis, perficiantur; exceptis minoribus causis, quas vocant *provisiones*, & summariis causis, quæ verbis *oretenus* disceptantur; Etiam ita in Statutis nostris expressum est, *lib. 3. tit. 16. art. 1.* Verum si id unquam ita observatum est, certe nunc abiit in desuetudinem, omniaque, etiam summarissima, scriptis comprehenduntur, nisi quod aliquando scribis ad calamum dictatur, * sed *perorandi* facultas penitus obsoleta est. Qua in re bene consultum sit, an secus, colligi potest ex his utrimque rationibus. 1. Scripto comprehensæ rationes melius inspici & perpendi possunt, quæ voce viva propositæ, facile prætervolant, juxta Homericum illud: ἔπεα πτερόεντα, *verba volantia.* 2. Habent hoc ingens commodum, quod repetita attentione, sæpius examinari queant, cum in auditione non liceat attentionem reparare. 3. Garrulitas & rabularum cavillationes in declamationibus evidentiores sunt, quam in scriptura. Pro contrario sic est. I. Major facultas & nobilius exercitium est Eloquentia, quam Scriptura. II. Promptior & celerior expeditio causarum est, voce quam calamo; Præsertim quia post causam peroratam, suffragia mox ferri solent, quod ubi scripto res agitur, longas plerumque moras accipit. III. Advocatorum officium est quasi Schola secunda doctæ juventutis, ex qua optimi quique Reipublicæ, publicis muneribus, ad quæ promtitudine actionum & eloquentia opus est, eligi possunt. Cujus rei usus in iis locis, ubi nulla forensis eloquii exercitatio habetur, non solet esse tam frequens. Forte non male consulunt Tribunalia, quæ causas agi vocis ministerio volunt, ut tamen & munimenta rationumque summæ judicibus in scripto tradantur.

10, PROBET ATQUE EX ARTE DEFENDAT. Probatio factorum pertinet ad officium Advocati, non ut probationes conquirat & conficiat; sed ut eas causæ meritis applicet, & cum juris rationibus comparatas pro cliente concludat, tum contra adversarium defendat, & illius argumenta refellat; omnia EX ARTE Juris, hoc est, æqui & boni, non ex Arte rabularum; nec enim Advocato mendaciis & cavillationibus in bona causa uti fas esse, recte monet Wissenbachius noster *h. t. th. 11.* dissentientes nescio quot citans, Tiraquellum, Mynsingerum, Wesenbecium; qui tamen revera dissentire non possunt in re manifesta; Sed hoc illi sentiunt, esse genus quoddam doli boni, quod consistit in circuitu prudentiæ civilis: quo sine læsione alterius ad exitum melius pervenire liceat, imprimis, si ad alterius fraudem eludendam id fiat; *nec enim dolo fecisse videtur, qui fraudem exclusit*, ait Papinianus in *l. 77. §. antepen. de Legat. 2.* ubi exemplum. Aliud; Negotia mea ge-

* Ita apud nos Advocati Jura partium regulariter viva voce, non in scriptis, proponere tenentur, *P. 1. C. El. 1.* Vom Gerichtlichen Einbringen. *Verb.* vom Munde in die Feder, ut ne ex charta quidem dictare liceat. Carpzov. *ad d. C. def. 2.* Unde leuterationis prosecutio, non oretenus, sed in scriptis facta, pro deserta habetur, Rivin. *ad O. P. S. 1. 35. En. 50.* partium tamen conventione, quam compromissum vocare consveverunt, fieri posse, ut non viva voce, sed scriptis, jura partium proponantur, monet Carpzov. *ad d. C. El. 1. def. 5.*

rens

rens imprudens rem meam emisti. Intelligis rem meam esse, prinsquam usucapias; vis mihi rem servare, & tibi regressum efficere contra venditorem, quod neutrum fieri potest, ubi impleveris usucapionem. Ergo fac, ut aliquem subornes, me absente, qui meo nomine petat rem, *nec videris dolum malum facere*, quia nemini facis injuriam, *l. 19. §. 3. ff. de Negot. gest.* Hujusmodi sunt doli boni, de quibus in *l. 1. §. 3. ff. de dolo malo.* & de quibus, etiam in Forensi contentione, verum esse putant illi sane quam religiosi JCti, illud Maronis:

Dolus, an virtus, quis in hoste requirat!

Atque his etiam accenseri non gravatur in Scholio, quod subjecit posit. *ad h. t. 11.* D. Thomasius: salva semper hac exceptione, mendaciis abstinendum esse ex dicto servatoris nostri, *vestrum Ita sit Ita, vestrum Non sit Non.* Matth. 5, 37.

11. Verum hæc res ad *integritatem* & prudentiam Advocatorum pertinet. Sciendum enim est, Artis Advocatorum tria summa præcepta dari; ut *integre*, *modeste*, *prudenter* officio suo fungantur: Integritas obtinet in suscipienda ‡ & in defendenda causa. Suscipere non debet causam sciens malam, aut si receptam deinceps malam esse deprehendat, recte consulet, si illius patrocinio se subducat. * Meretur heic observari, quod in Suprema Frisior. Curia, ab Advoc. qui primum recipiuntur, jusjurand. exigitur, in quo promittunt, se causas malas non suscepturos; *aut, si imprudenter susceptam deinde malam esse comperiant, se nihil in ea dicturos aut scripturos, quam quod ipsis dicere vel scribere expresse mandatum fuerit*; videl. a *Clientibus* suis: a quibus instructionem plenam accipere, & tanquam *instrumenta* eorum se præbere debeant. An autem hac ratione conscientiæ diligens Advocatus, se plane securum præstare possit, aliis judicandum relinquam. Facit ad hanc rem distinctio necessaria, sitne mala causa ratione Facti, an Juris. Si noverit Advocatus, falsam esse Clientis sui relationem & calumniam, nec ab initio talem suscipere, neque postea compertis mendaciis patrocinari debet. Si mala sit causa *ratione juris*, iterum distingvendum; si plane sit injusta causa contra jus certum, recusare debet officium Advocatus abrupte; si dubia sit & juris controversi, ipse tamen contra suum clientem sentiat, heic dubitari potest, liceatne probabiliter sentienti Advocato, adversus animi sui sententiam officium impertiri. Mihi non dissimulo sæpius id ex facto evenisse, ut cum meum consilium & Judicium de causis dubiis, quas tamen de Jure non probarem, peteretur, idque negarem; rogatus, ut saltem rationes, quibus sententia consultantium niteretur, scripto, complecterer, non putavi causam esse negandi; nec defuit aliquando successus victoriæ. Sed Advocatus etiam adseverare debet & persvadere Judici, quod an contra suam sententiam facere debeat, equidem dubito: nisi id ea ratione tueri liceat, quam prædicta Formula Jurisjurandi suppeditat; hoc ipsum non facere, sed clientem, cujus nomine loquitur aut scribit.

12. Ad integritatem pertinet etiam FIDELITAS, ne prævaricetur, id est, prodita Clientis sui causa, partem adversam adjuvet, propter qualem perfidiam extra ordinem punitur, *l. 1. §. 1. de Prævaricat. l. 8. de Extraord. crim.* Fidelitas & *Diligentiam* complectitur, ne causam Clientis negligat: quo nomine tenetur in id quod interest: etsi magis hoc ad officium Procuratoris, de quo *inferius*, spectare videatur. Huc etiam referendum, ne in salariis exigendis modum excedat Lege præscriptum, quemadmodum Jure civili non possunt excedere *quingentos aureos*, *l. 1. §. 10. & 12. de Extraord. cognit.* Moribus, in singulis Foris certum fere salarii modum videmus esse præscriptum, quem tamen Advocatos non obligare, docebat nos olim Vir Cl. *Cyprianus Regneri*, eo quod Jurisprudentia sit res inæstimabilis, nec pretio nummario æstimanda, ut Ulpianus scribit in *l. 1. §. 5. d. tit. de extraord. Crimin.* Mihi non abs re videtur, *Taxas Cancellarias*, quæ dicuntur, hoc est sala-

‡ Ad quam pertinet, omne adhibere studium, ut lites amice, prece vel pretio sopiantur. Qui Judici illud agendi etiam reluctabitur, & mulctam & graviores pœnas sibi imminere sciat. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 1. §. 3.*

* Pertinet huc formula jurisjurandi, quo Advocati in Saxonia El. juxta *Mandat. noviss.* wegen der *Advocaten* im Lande *An. 1723. d. 12. Apr.* recipiuntur: Daß ihr keine Sache, es sey denn, daß derselben Beschaffenheit von euch wohl erwogen, annehmen, diejenigen aber, die ihr böse und ungegründet befindet, gleich anfangs von euch weisen, ꝛc. Ingleichen, da in progressu, daß die Sache in Rechten nicht gegründet wäre, ihr wahrnehmen soltet, solche alsbald von euch thun, und eures eigenen Nutzens halber dem Part, keine vergebliche Hoffnung machen. conf. *Mand. Dippoldisw. d. 691. Ord. Proc. Sax. tit. 3. §. 1.* Ob. Hofg. Ordn. *tit.* Eyd der *Advocaten*. Menck. ad *h. t. §. 13.* add. dicta *ad Inst. ab Autore p. 458.*

riorum

riorum æstimationes, in eum finem, ut quid Judex in contradictorio sequeretur; non ut Advocatis immotos terminos, quibus fine distinctione caussarum includerentur, præfigerent, esse publicatas. Verum societatem de fructu victoriæ cum clientibus inire non possunt, quod vulgo ita exprimunt, *de quota litis pacisci*, ‡ *l. 6. §. 2. C. h. t.* Unde necessaria collectio, Cessiones, quibus totum jus Clientis in Advocatos transferatur, esse prohibitas; nam si partis communionem accipere non possunt, universas ejus juris, de quo agitur, cessiones affectare, multo minus fas est.

13. Secunda virtus Advocatorum est MODESTIA, ‡‡ sub qua reverentiam Judicibus debitam comprehendimus; contra quam si Advocatus peccat, extra ordinem mulctatur; aut Foro ad tempus interdicitur, ut exempla nec olim, neque nuper desunt. Contra partes libere quidem ac efficacibus verbis caussam agere possunt & debent, quatenus fidenter loqui sæpe profuit, sed conviciis abstinere debent, sub pœna infamiæ, *l. 6. §. 1. 2. 3. C. h. t.* Moribus aut mulctantur, aut foro etiam ad tempus interdicuntur.

14. Sequitur PRUDENTIA Advocati, cujus hæc est summa, ut animum bene advertat ad fundamentale meritum caussæ, eoque omnes juris & facti probationes oratione brevi, & clara dirigat. Tribus omnino rebus Advocati prudentia videtur absolvi, *SCIENTIA, APPLICATIONE, & NOTITIA praxeos.* Scientiæ Juris iterum in Advocato triplex consideratio est, Doctrinæ Juris Romani, Peritiæ Juris Statutarii, & Lectionis Interpretum. Quod ad doctrinam Juris Civilis attinet, nihil quam quod civilem habeat facultatem, & quod omnibus conveniat, dicam. In Academiis hanc eruditionem comparet oportet, ubi unum, cui viva voce erudiendum se præbeat, idque secundum Auctorem, qui totum Jus Institutionum & Pandectarum compendio nervoso complexus sit, eligat oportet; *quatuor* evitatis scopulis: Primo, ne solum Jus quod in usu est, missis obsoleti juris capitibus, (totum enim Jus connexum est) discendum putet; quanquam si prioribus intentius se dat, recte consulet. Secundo, ne singularibus materiis & Quæstionibus, utcunque illustribus, incumbat excutiendis, antequam totum Jus per definitiones & partitiones earumque exegeses memoria judicioque subegerit. Tertio, ne se ineptis sciolorum adversus compendia clamoribus ab hoc instituto averti patiatur; Procul tamen ab hac insania, compendiis absolvi Juris scientiam; verum inde ni auspicetur, tam ad Institutiones quam ad Pandectas, persuasus sit oportet, nunquam se validum fore Advocatum; compendiariam & expromptam totius Jurisprudentiæ memoriam, perficere Jurisconsultum semper expeditum paratumque in agendo & respondendo, compertum est. Quarto, ne cum ejusmodi compendiario scripto, in continenti, Textus Juris passim allegatos conferre & excutere negligat; alioqui fluxam & instabilem discendi rationem initurus. Nec vero in compendio acquiescat velim: initium & fundamentum hoc sit oportet; omnia, quæ deinde leget observabitque, ad illud compendium referat: si vero possit habere Commentarium, in quo illud Compendium latius e principiis theoreticis ad applicationem praxeos deducatur & explicetur, id insignis beneficii loco putet amplectendum: modo in prima institutione sectetur illud Nestoreum, Παῦρα μὲν, ἀλλὰ μάλα λιγέως. *Pauca quidem, sed enixe.* Deinde, *omne supervacuum pleno de pectore manat.* Sed Juris Romani prompta notitia non proderit, nisi Jus municipale sive Statutarium, duntaxat ejus Fori, in quo versatur, eadem diligentia & certitudine percipiat; verum

‡ Advocatis Saxonicis non modo quota litis, sed Palmaria quoque & Honoraria, quæ in casum victoriæ vel finitæ litis olim sibi stipulari solebant, penitus sunt interdicta. & pacta ejusmodi pro nullis habenda. Quæcunque autem cliens finita lite sponte, & grati animi testandi caussa offeret advocato, fas erit accipere. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 3. §. 1.*

‡‡ Ut modestius se gerant Advocati Saxonici, in scriptis suis integro nomine adjecto, se auctores profiteantur: qui secus faciunt, 5. thaleris mulctantur; si judex intra Terminum Saxonicum, ex quo mulcta injuncta, hanc non exegerit, ipse tenetur; si quis appellatione interposita morem facere audebit, rejecta hac, pœna graviori, & si non solvendo sit, carceris pœna coercebitur; Pars, quæ in conficiendo scripto suo Patroni opera haud est usa, hoc in subscriptione indicet. Cæterum quod ad has aliasque mulctas attinet, nec advocato a cliente repetere, nec clienti eas advocato restituere integrum esto: nisi patronus in quadruplum, pars in duplum condemnari malit; Judex, ubi suspicio aderit, jurejurando utatur. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 3. §. 2.*

id demum absoluto Juris Romani studio satagat. Interpretes quod attinet, hic est Oceanus ἀπέρατος, *immensus*, cui si juvenis Advocatus se plenis velis committat, errabit in infinitum. Ubi Jus Civile cum Statutario solide perceperit, in quaque causa meliores Interpretes consulere potest; etiam duos tresve frequenter versando familiares sibi reddere, quorum maxime in suo Foro valeat auctoritas; quales apud nos *Sandius*, *Gailius* & Codex *Fabrianus*. Hæc de scientia Advocati; nec enim methodum studendi præscribimus universam.

15. Artem APPLICANDI non minus Advocato necessariam esse, docent usus & ratio. Quin si hac facultate careat, quicquid Legibus & auctoritatibus agit accumulatis, insulsa cuncta & inepta deprehenduntur. Hoc est *Judicii* opus, quod *sal mundi* & omnium inprimis Artium esse, merito dixeris, & quo si destituatur Advocatus, suadeo res alias agat; nam quod est hujus rei pessimum, tempore non comparatur. Senem cognovi Advocatum, magna cum indignatione querentem, se perdidisse litem, etsi vix ullum articulum sine Latina eruditione collocasset. Advocatus ita cogitet; hoc opus esse judicii, ut facta sive *puncta* decisoria causæ, bene advertat, educat, probet, iisque juris textus rationesque succincte, clare, signate applicet, iisdem insistat, nec ab illis, Adversarii ambagibus averti se patiatur. Hoc si teneat, fiduciam præ se ferre potest, & quia nec inutile id est, salva modestia debet.

16. Postrema *Scientiæ* pars, est Notitia Praxeos, per quam duas res intelligimus, Morem procedendi, & artem formulariam, vulgo *stylum Curiæ* utramque appellant. Advocatus statim ab ingressu Curiæ hanc facultatem acquirere debet, adsiduus apud Tribunal, Audire, Legere, quod probatissimi patroni scribunt, dicunt. Sectari unum aliquem, huic se præbere, nec, quo inserviat, recusare: Cumque nihil ad discendum quam AGERE sit efficacius, & ipsi causæ non statim adfluunt, danda est opera, ut substitutionibus (non tamen promiscuis, ne vilescat, verum ejus potissimum, cui se formandum tradiderit) facultatem agendi, dicendi, scribendi acquirat. In omnibus claritatem & brevitatem studiose affectet, nec quam multa, sed quam bona proferat, animadvertat. His artibus nunquam, etsi amicorum inopem, scopo fructuque laborum suorum excidere vidi Advocatum.

. Ultima verba definitionis, *Publica auctoritate constitutus*, indicant, Advocatum etiam invitum ad patrocinandum posse compelli, *l. 1. §. 4. h. t. l. 9. §. 5. de Off. Proconf.* etiam pro pauperibus gratis Gail. *1. obs. 43. n. 1.* * etsi hoc mala gratia exigere, iniquum, & ex publico ad eam rem salaria

* Apud nos Advocati pauperum, † quibus eo nomine salarium præstari solet, pauperibus gratis patrocinari tenentur. *Appell. st.* Ordnung *d. An. 1605. tit.* von den Advocaten der Armen. Der Hofgerichts-Ordnung zu Leipzig tit. von denen Armen so vor Gerichte zu thun haben. Quod si Advocatus pauperum Ordinarius deficiat, judex pauperi de causæ Patrono prospicit, cui, si gratis operam præstare nolit, ex fisco salarium solvitur. vid. Menck. *ad Tit. 1. O. P. S. §. 19.* Pauperes enim gratis litigant. *O. P. S. t. 1. §.* Würde. Quod si tamen pauper causam obtineat, & exinde locupletior factus fuerit ad sumptus in causa factos restituendos recte compellitur, Dn Svend. *ad Fibig. Proc. p. 81.* Imo quandoque pars adversa pauperis advocato impensas necessarias suppeditare cogitur, *O. P. S. t. 1. §. 3.* e. g. quando litigatur de bonis, quæ actor egestate laborans, non sine conjectura probabili, sua, vel communia esse, contendit, aut de alimentis pauperi præstandis, Carpzov. *dec. 242. n. 33. seqq. & ad Proc. t. 24. art. 1. n. 87.*

‡ Quod ad Jura pauperum, præter notata *supra p. 458* & *634.* attinet; Advocatus pauperum ordinarius, aut, si eo destituatur Judicium, alius quivis a judice selectus, causam partis, quæ antea legitima pauperum jura adepta est, suscipiat, aut fonticas causas se excusandi alleget, aut a praxi se suspendendum esse sciat. Idem pendente lite, præter ea. quæ parata pecunia redimenda sunt, & in iter impensa, nihil petat, aut accipiat; Ista interea solvat judex, nisi forte de alimentis, aut de bonis aut hereditate. quæ pauper non sine probabili conjectura sua vel communia esse contendit, aut de illatione propter nuptias inter viduam & mariti heredes existat litigium, quo casu prævio judicis arbitrio, vel ex JCtorum sententia reus conventus ad istos sumtus tenebitur. *O. P. S E. I. & E. Tit. 1. §. 11.* Idem applicandum est illis, qui pendente lite in paupertatem rediguntur; pauperum vero heredes iterum de paupertate jurent, necesse est; nec, qui pauperis jura una in causa nactus, iisdem in aliis promiscue utetur; causæ potius justitia prius nunquam non est exploranda, eaque probabili reperta, Juramentum malitiæ, immo & paupertatis est repetendum. *d. Tit. 1. §. 13.* Pauperes victores, aut transactione vel alia ratione locupletiores facti, impensas restituant, studiique ac operæ mercedem & Judici & Advocato solvant. Causa cadentes, quod nunc consti-

constituenda erant, quod apud nos de captivis criminum solis constitutum est, octo senioribus advocatis in illum usum honoratis.

17. Differentia eorum a procuratoribus hæc est præcipua. Advocatus precibus a cliente aditur, nihil quam patrocinium præstat, & est honorabile munus ejus, *l. 14. C. de advoc. div. jud.* Procurator mandato constituitur a Domino, & ipse, lite contestata, fit Dominus litis; unde & sententia in illum fertur, & munus eorum vilius est, a quo nec infames excluduntur, dix. *P. 1. L. 4. tit. 10. n. ult.* In foris, quibus munera Advocatorum & Procuratorum conjuncta sunt, velut in Frisia, dignitas patronorum & potestas procuratorum conjunctæ censentur; cum hoc tamen discrimine fere, ut vilitas Procuratorum sit penes eos, qui in dicasteriis inferioribus curatores *postulantes* dicuntur: Dignitas patronorum apud eos, qui in suprema Curia jus postulandi adepti sunt, ad quod nemo nisi testimonio, ut dictum, Academico instructus admittitur. Postremo, utrisque postulantibus commune est, quod errores eorum Clientibus aut dominis noceant, etsi per illum errorem condemnati sint; Præsentes in continenti aut eis triduum contradicere, alioquin appellari debuerunt, *l. ult. C. de Err. Advoc.* ut tamen si quid in libello supplice, contra veritatem posuerint, contraria probatione id emendare liceat, *l. 2. cod. tit.* *

18. Etiam hoc est commune, quod desinunt esse, vel ad tempus, vel in perpetuum. Utroque modo propter aliquod maleficium, sive in officio commissum, sive diversi generis. Si modicum sit peccatum, ad tempus foro interdicitur, hoc est publice munus suum exercendi; privatis enim ministeriis ea res non officit. Ideoque in Foris, ubi scripto cuncta peraguntur, Advocati ad tempus interdicti omnia componere, administrare manuque aliena exhibere possunt. Nam ut ipsi scribant & sua ab alio tantum subscribi ac ita Judicibus porrigi curent, scio cum displicuit Curiæ Supremæ, in causa C. B. ante magnas ferias 1680. Tempore elapso, quæsitum memini, an nova opus esset veniæ impetratione, & judicatum est, non esse opus, in causa D. J. B. 18. Januar. 1680. Denique, ob graviora delicta fit aliquando, ut nomen e matricula expungatur. De morte Procuratoris non est necesse monere.

Tit. II.

De his, qui notantur infamia.

I. Continuatio, & remissio ad partem I. & de infamia facti obiter. II. Genus primum infamiæ, immediate ex Lege. III. Genus secundum, ex sententia. IV. Genus tertium, ex sententia vel Pacto, & si quæ aliæ sint causæ. V. De effectis infamiæ. VI. Quibus modis finiatur infamia. VII. Quid moribus.

Prohibitio secundi tertiique ordinis in Edicto Prætoris de postulando, dedit occasionem tractatui de INFAMIA, de qua diximus in Parte I. *ad tit. Inst. de Pæn. temer. litig.* Definita ibi, *Læsio existimationis, per quam quis ob vitæ turpitudinem honestorum virorum numero eximitur.* Divisionem in Juris & facti infamiam, licet haud omni carentem usu, hujus tamen non esse loci diximus. Agitur enim hic de tribus infamiæ generibus, quorum unum immediate ex lege oritur, alterum ex sententia; tertium e pacto vel sententia, cum Donello *l. 18. Comment. c. 6. & seqq.* Facti, quæ dicitur infamia, in Jure hoc nomine non cognoscitur; Sed variis ut appellationibus, ita effectis distinguitur. Habes speciem in *l. 20 h. t.* qua *pudor oneratur.* aliam similem in *l. seq.* aliam in *l. 13. C. h. t. quæ apud bonos & graves viros opinionem alicujus onerant.* in *l. 17. Verecundiam onerat.* In omnibus illis agitur fere de Interlocutionibus Judicum, ut etiam diserte in *l. 19. d. tit.* quibus infamia non irrogatur: Aliquando nec per sententiam, si quis per Procuratorem

præter opinionem, & contra proprium malitiæ juramentum temere litigasse inveniantur, in impensas condemnandi sunt, &, cum ob paupertatem fere inanis futura sit hæc condemnatio, idem carcere & operis certo certius luent. In manifesta calumnia deprehensi, sive ea ab initio statim, vel in litis progressu pateat, aut juramentum calumniæ præstare nolentes, in superioribus judiciis statim a limine sunt repellendi, inferiora judicia ad ista hoc casu referent; & quid principi videatur, expectabunt. *d. Tit. 1. §. 14.*

* De usu Saxon. differentiæ inter advocatos & procuratores, actum est *ad Instit. p. 434.*

 sit damna-

sit damnatus e causa famosa, quanquam re ipsa & opinione hominum non effugiat infamiam; unde Parens vel patronus e tali causa, nec si per Procuratorem agat, conveniri potest, *l. 2. in pr. ff. de obsequ. Par. & Patr.* Hoc modo accipiendum videtur, quod *agitatores inhonesti* vocantur, *in l. 4. C. de Spectac. l. XI.* quod non pugnat cum *l. 4. h. t. infr.* quæ negat, agitatores ministrosque ludicrorum certaminum esse infames, quam esse antinomiam, nimis facile putat Cujacius. vid. Wiss. ad *h. t. n. 20.* Huc etiam pertinet *levis notæ macula*, quæ dicitur in *l. 27. C. de Inoff. Testam.* & valet ad excludendam inofficiosi testamenti Querelam.

2. Causæ, ex quibus ipso jure ipsoque facto, id est hoc ipso, quod delictum est admissum, immediate oritur infamia, enumerantur in *l. 1.* Qui ab exercitu ignominiæ causa missus est, qui artis ludicræ, aut pronuntiandi causa propter mercedem aut præmium, *l. 2. §. f.* in scenam prodierit.

SCHOLIUM.

Wissenb. th. 15. & 20. *qui durius invehitur in Comœdiarum actores, ex genio religionis Reformatorum, atroque carbone notari vult disputationem* Alberici Gentilis *de actoribus & spectatoribus fabularum non notandis. Sed vereor rigorem juris Romani erga eos, qui quæstus causa in scenam prodierint, hodie observari.*

RESPONSIO.

Quanquam ea, quæ Wissenbachius e scenis veterum nostris applicat, non omnia justam habent proportionem, nec omnes forte fabularum actiones damnari queant, nulla tamen causa est, cur a gravitate Romana, quatenus eadem ratio est, recedamus. Quod in foro ille rigor non ubique obtineat, cum ob eam, quæ in fine hujus tit. *§. 5. habetur, rationem, tum quod major veterum lascivia fuerit, accidit.*

N. ADDIT.

Sed hæc verba ultima Autoris, quod major veterum lascivia fuerit, tollunt observationem præcedentium, quod nulla causa sit, cur a gravitate Romana recedamus, quatenus eadem ratio sit: Ostendunt quippe hæc verba ultima, quod hic non sit eadem ratio. Cæterum ex Reformatis Theologus Heidelbergensis & eruditissimus & prudentissimus D. Fabricius, peculiari dissertatione solidissime ostendit, mitius sentiendum esse de Comœdiis earumque moralitate, quam communiter fieri solet a Zelotis. Interim non mirandum est, cur Autor gravitatem Romanam normam hic faciat actionum Germanicarum, postquam §. 7. hujus tit. supponit regulam, quod jure civili constitutum, neque statutis abrogatum est, id hodieque valere. Miramur tamen, quod viro, & in historia civili & literaria probe versato se probaverit axioma ex ignorantia utriusque ortum, & supponens, ac si Romani Imperatores fuerint antecessores Regum Germaniæ. Ostendi istum errorem in delineatione historiæ Juris. Conf. ibi potissimum §. 191.

Porro qui lenocinium fecerit; qui mercedis causa in arena depugnaverit, *l. 8. §. 6. tit. præc. d. l. 2. §. f.* Mulier, quæ intra annum luctus ad secundas nuptias transvolavit, *l. 1. §. 2. C. de secund. nupt.** (ubi & aliæ pœnæ;) quique duxit eam sciens, imo & pater, qui filiamfam. nuptum elocavit, *l. 1. l. 8. 9. 10. 11. 12. 13. pr. h.* nisi mulier a Senatu vel a Principe impetraverit, ut sibi intra legitimum tempus nubere liceat, *l. 10. h. t.* quod tamen prægnanti non videtur concedendum, Cujac. 6. *observat. 5.* qua de re amplius ad *tit. de Ritu Nupt.* ubi & de secundis nuptiis. Qui bina sponsalia binasve nuptias eodem tempore contractas habuit, *d. l. 1. in fin. h. l. 13. §. 1. & seqq. h. t.*** Fœneratores improbi & qui usuras usurarum acceperunt, *l. 20. C. h. t. l. 28. de usur.* Qui a jurata transactione recesserunt, *l. 41. C. de transaction.*

* Jure nostro, ut & Canonico *c. f. X. de secundis nupt.* pœna infamiæ hoc casu cessat. Ipsa tamen nuptiarum prohibitio non sublata, sed repetita est *Ord. Matrim. Elect. Saxon. d. Ann. 1624. punct. 5. in fin.* qua vidui quoque defunctas uxores per semestre spatium lugere, ac interim a nuptiis abstinere jubentur, contra *l. 9. ff. de his, qui not. infam.* Carpz. *Jur. Consist. l. 2. def. 160.* Quod si contra hanc prohibitionem, intra tempus luctui destinatum, vir aut uxor ad secunda vota transierint, arbitrarie coërceantur, nisi dispensationem impetraverint, quæ tamen ea plerumque cum moderatione conceditur, ne ex nuptiis viduæ accelerat is incerti patris proles nascatur. vid. Brunnem *ad l. 2. C. d. secund. nupt. n. 23.* Carpz. *l. c. def. 162. n. 6.* Id. *P. 4. C. 21. def. 10.* Stryck. *Us. Mod. ff. h. t. §. 10.*

** Idem nostro Jure obtinet, vid. Brunn. *ad l. 1. ff. h. n. 4.* eademque macula ad conjuges pertinet sponsalia celebrantes, licet Bigamiam non consumment, *P. 4. C. 21. def. 20. §. Da aber*, ibique Carpzov. *def. 1.* imo persona quoque, quæ sciens cum jam desponsata sponsalia contrahit, *Ord. Matr. rubr. gen.* Von Ehe-Sachen. *spec.* von Ehe-Gelöbnissen §. wenn sich iemand infamia notatur. Carpz. *Pr. Crim. qu. 67. n. 17. seq.* conf. de jure Canonico Steiger. *Repertor. jur. Can. p. 504.*

Tuto-

Tutores & Curatores, qui sibi filiisve suis pupillas aut adolescentulas nuptiis junxerunt, *l. 7. C. de interd. matrimon.* *

3. Sequitur alterum infamiæ genus, eorum, qui per sententiam fiunt infames, ad quam pertinent primo quatuor contractus, Tutela, societas, depositum, mandatum, de quibus similiter in parte I. dictum. Præterea, in quolibet publico judicio damnati fiunt infames, *l. 7. C. de Publ. judic.* item, qui calumniæ aut prævaricationis sunt damnati, *l. 4. §. 4. h. t.* ob crimen expilatæ hereditatis, *l. 12. C. h. t.* sepulchri violati, *l. 1. de sepulchr. viol.* Ex reliquis criminalibus judiciis non oritur infamia; nisi id specialiter expressum sit, aut de iisdem actiones dentur civiles, quæ ipsæ sint famosæ, *d. l. 7. de Public. judic.* Qua ratione textus, qui stellionatum modo ajunt, modo negant esse famosum, conciliandi videntur, *l. 13. §. ult. h. l. 2. de stellion.* etsi D. Wissenb. *ad hunc tit. th. 23.* neget, hanc distinctionem in Jure fundamentum habere, velitque vehementer, hanc esse *ἀντινομίαν*, quod mihi secus videtur, nisi fallit *d. l. 7.* Ego tam humiliter de Artis nostræ prudentia non sentio, ut Ulpianum utriusque textus auctorem, sui ipsius oblitum fuisse statuam, nec eo me adhuc redactum memini, ut eosdem JCtos sibi contrarios, ubi mutationem sententiæ præ se non ferunt, fateri necesse habuerim.

4. Denique tertia species eorum, qui non modo per sententiam, sed etiam per pactum famosi fiunt, enumerati sunt ad *§. pen. Inst. de pœn. temer. litig.* scil. qui furti, injuriarum, rapinæ & de dolo sunt damnati. Cæterum, ex genere pœnæ infamia non oritur, *l. 22. h. t. l. 2. C. eod.* sed hoc ex causa pœnæ duntaxat pendet: imo Pœna quandoque excusat ab infamia, quam causa merebatur, si nempe pœna corporalis, gravior sit quam ex merito; sed pœna non corporalis, etsi gravior, id tamen solatii non præstat, ut liberet ab infamia. Cessio bonorum non lædit famam, cum effectu juris, *l. 11. C. ex quib. caus. infam. l. ult. C. Qui bon. ced. poss. arg. l. 1. h. t.* Nec tamen non sugillat pudorem, & si constet, decoxisse aliquem creditoribus, non evitat infamiam, quæ *facti* dicitur, *Nov. 135. in fin. pr. & §. t.* ** Eo Taciti pertinet dictum *6. annal. 17. Eversio rei familiaris dignitatem & famam præceps dabat.* Hinc Cicero in *orat. pro Quintio*, causam illam mere pecuniariam, vocat Capitalem, quia, *si perdat eam, inquit, futurum est, ne Quintius in civitate sit, ne locum suum, quem adhuc honestissime defendit, obtineat, ne numeretur inter cives, decernat de vita & ornamentis suis omnibus*, quæ videlicet, amisso patrimonio, consequi videntur.

Postremo, si ex genere pœnæ infamia non oritur, multo minus e carcere solisque vinculis læsio existimationis irrogatur, *l. 1. C. d. t. Ex quib. caus. infam. arg. l. 22. h. t.* Tu dices; fit equidem, ut innocentes in carcerem conjiciantur; Verum innocens nemo punitur, & res judicata pro veritate habetur, *l. 25. de Stat. hom.* Imo fieri potest, ut manifesta sit judicis injuria, ut sæpe manifestum est in causa religionis, atque tum hæc res usum habet. Potest etiam lex pœnam infligere famosis delictis convenientem, ob causam tamen non famosam. Ita Lex Frisica Publicanos reliquatores virgis cædit, sine distinctione, dolo fecerint, an secus; qui si absit, non puto fieri infames.

5. Sed quis est infamiæ effectus? Præcipuus, quod a dignitatibus excluduntur, *l. 2. C. de dignit. l. 38. C. de Decurion.* quod minor illis fides habeatur, *l. 13. sequ. de Testib.* & quod in Civitate contemptim habeantur, quanquam hi duo effectus communes sint cum infamia Facti, quam diximus.

6. Finitur infamia per restitutionem in integrum a Principe factam, item finito tempore sententia præscripto. Quid si tempus non infamiæ, sed pœnæ principali in causa famosa sit adjectum? durare tunc infamiam, scriptum est in *l. 6. C. h.* Imo post hoc tempus postulare possunt, sine distinctione criminum, *l. 8. de Postul.* Ergo infamia cessat, ut dictum ad *præced. tit.* D. Wissenbach. *n. ult. h.* probat eorum responsionem, qui Constitutiones Principum negare, Responsa JCtorum adfirmare scribunt. Si hoc non est antinomiam adseverare, debet esse derogatio juris antiqui. Sed mihi non videntur pugnare generalis adsertio, & unius speciei contraria mentio. Regula est, In criminibus famosis pœna tempore limitata, limitat etiam tempus infamiæ, *d. l. 8.* Exceptio est in his, qui in metallum damnati sunt, *d. l. 6.*

7. Cæterum, hodiernis moribus non tam facile ad infamiam proceditur, ait D. Schotanus *in fin. h. t.* negligentia potius atque incuria & disso-

* Hæc infamia apud nos redditis a tutore vel Curatore rationibus penitus cessat. vid. Stryck. *Us. Mod. h. t. §. 11.*

** Decoctores dolosi etiam in Saxonia infames fiunt, & flavo pileo tecti incedere jubebantur, *Resol. Grav. d. an. 1661. gr. 78.* Leipz. Hand. Ordn. t. 22. §. Wenn der Schuldner.

lutione morum hominumque, opinor, quam jure contrario & positivo. Quid Moribus de infamia in universum obtineat, haud facile dictu videtur. Mihi tutius videtur habere pro Regula, quod jure civili constitutum, neque statutis abrogatum est, id hodieque valere. Abrogatam vero infamiam videri in delictis, quorum pœnæ specialiter Statutis expressæ sint; ut in actione injuriarum accurate singulis injuriæ speciebus impositæ pœnæ pecuniariæ, sine mentione infamiæ, videntur eam tollere, quamvis Herbajus noster *Rerum quotid. c. 12.* disputet, an, si compensatio fiat injuriarum, locus sit infamiæ, & Sandius in gravioribus injuriis infamiæ locum esse tradat, in *l. 5. tit. 8. def. 9.* mihi tamen certissimum videtur, eum, qui injuriarum, licet atrocium, condemnatus est, hoc ipso non fieri infamem, utique non excludi a dignitatibus: quo pertinet, quod Nauta *decis. 46.* refert, a Curia condemnatum esse *Hesselum Wringerum*, qui dixerat, *Sandium* Virum Ampliss. id egisse, ut quendam ad falsum testimonium pro affine suo *Bootsina* dicendum, pecunia corrumperet, nec probare potuerat, ut ab officio, quod tum gerebat, *Secretarii Barredelani* abstineret; quo patebat evidenter, Curiam non censere, qui condemnatus esset injuriarum, eum hoc ipso ab omnibus exclusum esse dignitatibus; d. 14. Februar. 1637. Sic etiam pœna secundarum nuptiarum cis annum luctus, expressa Statutis nostris 1. 1. *art. 13.* infamiam excludere videtur, & more certissimo non excludit. Multo magis id obtinet in factis, quæ jam plane prohibita esse desierunt, ut cum Curator adultam, cujus curam gerit, in uxorem ducit, aut filio collocat, de quo *supra*.

TIT. III.
De Procur. & Defens.

I. Quid & quotuplex Procurator. II. Qui dare possint Procuratorem, & qui dari. III. In quibus causis constitui possint. IV. Quomodo constituantur. V. Officium Procuratoris a principio ad exitum litis. VI. Quid caveat, & quam culpam præstet. VII. Quibus modis esse desinat. VIII. Except. contra Procur.

Post titulum de Postulando, quod est Advocatorum, sequitur de Procuratoribus, quorum definitio atque divisio repetenda *ex tit. Inst. de Mandato & de iis, per quos agere poss.* Scilicet, in genere Procurator est, qui res alienas, mandato domini administrat. Estque vel omnium bonorum, qui & Generalis, vel certarum rerum, qui Specialis dicitur. Generalis iterum a Doctoribus distinguitur, quod sit vel omnium bonorum *simpliciter*, vel *cum libera* potestate constitutus; quam divisionem probant ex *§. 42. Inst. & l. 9. §. 4. de Acquir. rer. dom. l. 58. de Procurat.* junct. *l. 63. eod. l. 16. C. eod. tit.* quæ leges de alienatione per Procuratorem facienda varie loquentes, ita conciliantur. Sed ea quidem gratia nihil opus esse hac distinctione, probavimus Parte *I. ad tit. de A. R. D. n. 40.* & plenius ad tit. de mandato *n. 1.*

Porro, specialis Procurator est, vel ad Negotia, vel ad Litem; de quo heic proprie agitur. Is iterum vel est in Rem suam, vel in alienam. In rem suam vocantur, qui nomine quidem alieno, sed in utilitatem suam agunt, vulgo Cessionarii, de quibus plene diximus ad *tit. de Mandato in pr.* In rem alienam sunt Procuratores, qui penitus pro aliis, & nomine alieno, & in utilitatem aliorum agunt, qui jam proprie ad hujus tituli argumentum pertinent.

2. Dare possunt Procuratores, quicunque rerum suarum habent administrationem, quique ipsi ob impedimenta facti judicio interesse nequeunt; Procuratores ipsi, Tutores, Curatores, Syndici, habent jus dandi post litem contestatam, quia tunc ipsi litium domini sunt, non antea, *l. 8. l. 11. & l. 23. C. h. l. 74. hoc tit.* * Dari possunt, ut habet regula tralatitia, qui non prohibentur. Inter prohibitos sunt servi, *l. 6. C. de judic.* Furiosus, *l. 2. §. 1. h.* pueri minores annis septendecim; at qui decimum octavum ingressi sunt, recte Procuratores dantur, *§. 5. Inst. Quib. ex caus. manumitt. non licet.* ubi Procuratorem ad litem

* Hoc Dominium litis, ut infra Autor *pos. 11.* fatetur, exiguos hodie habet effectus, hinc apud nos Procurator ne quidem lite contestata potestatem substituendi habet Schilter. *ad ff. Ex. 10 th. 44.* Carpzov. *Pr. tit. 5. art. 5. n. 6.* nisi hæc clausula mandato specialiter inserta fuerit. Add. Disp. Bergeri *de Dominio litis.* Menck. *ad Tit. III. Ord. Pr. Sax. §. 11.*

& ad

& ad negotia, quia textus non distinguit, utrumque intelligimus. Quod si de altero tantum accipiendus esset, Cujacio potius assentirer, *ad litem* interpretanti, *22. obs. 16.* quia, ut ad negotia procurator fit, libertas non requiritur, *l. 7. §. 1. de Inst. act.* In *d.* autem *§. 5.* ut ancilla, uxor absque libertate duci nequit, ita Procurator mediante manumissione constituitur, adeo ut utrobique libertas necessaria videatur. Si quis tamen utrumque procuratorem *ibi* intelligere velit, quod & ipse malim, ei dicendum est, libertatem hic Procuratori datam videri non necessitatis, sed commoditatis dignitatisque gratia, quia facilius in negotiis liber quam servus versatur. DD. qui annos 17. ad procurationem litis sufficere negant, & 25. desiderant, haud dubie falluntur, quia impedimentum restitutionis in integrum, ex quo minor annis 25. pro sua persona in judicio stare nequit, *l. 2. C. de his, qui legit. pers. stand. in jud. non hab.* cessat in Procuratore alienæ litis *l. 23. de minor.* quanquam in defensore, qui caret mandato, locum retineat, *l. 51. in pr. de procur.* Nam etsi Procuratoris ibi mentio fiat, Defensor tamen ea voce intelligitur, quia dicitur mandato carere, quin & *ibidem* memoratur; Certissima autem differentia inter Procuratorem & Defensorem hæc est, quod defensor mandato careat, quo Procurator semper & necessario instructus est. Dein, prohibentur fœminæ, *l. 54. h. t.* quod tamen limitatur, si mandatum in rem suam habeant, *l. 4. C. h. t.* vel si pro Parente morbo aut ætate invalido, nec alium, qui pro se agat, habente, agere velint, *l. 41. h.* Præterea non possunt milites, Reip. causa absfuturi, morbo perpetuo afflicti, magistratum inituri, *l. 45. h. t.* item potentiores, *tit. C. ne lic. potent.* rei capitalium criminum, *l. 6. C. h.* redemptores alienarum litium, *l. 17. Mand. l. 15. C. h.* infames non penitus arcentur, *§. ult. I. de Except.* ubi diximus. Jure Canonico tam minor annis XXX. *c. 5. de Procur. in 6.* quam infamis prohibetur, *c. 1. & 2. caus. 3. qu. 7.*

3. Constitui possunt hodie (secus olim, *tit. Inst. per quos agere poss.*) in omnibus causis, non tamen criminalibus, ubi pœna est relegatio & major, *l. 1. ff. An per alium caus. appell.* nam quod in *l. 33. §. 2.* de capitalibus judiciis habetur, non de causa principali, sed de excusatione absentiæ videtur intelligendum, quia de principali criminis capitalis causa non posse dari Procuratorem, satis indubitatum est, *l. pen. §. 1. de publ. judic.* sive pro *innocentiam*, *in. d. l. 33.* legendum sit, *absentiam*, ut vult Cujacius, sive *Innocentiam* respectu pœnæ ob contumaciam irrogandæ, intelligere oporteat, *vide* D. Matth. *de crim. ad tit. 13. l. 48. cap. 4.* Wissenbach. ad *h. t. th. 18.*

4. Constituitur Procurator per consensum cumque expressum, *l. 8. §. 5.* pro quali etiam habetur, si Dominus præsens rem suam ab alio geri patiatur, *l. 18. Mand.*

SCHOLIUM.

Consensus expressus communiter opponitur tacito. Si ergo expressus consensus requireretur ad mandatum, excluderetur sane patientia, d. l. 18. *quæ tacitum saltem facit. Dic ergo potius, non requiri in* d. l. 8. §. 1. h. t. *consensum expressum, sed sufficere tacitum, & excludi saltem consensum præsumptum, qui quomodo differat a tacito, dixi* in Philos. Jur. §. 133. lit. a. *Dissentit aliter* Wissenb. h. t. 2.

RESPONSIO.

Simplicius videtur, ne plures quam opus est, in Artem distinctiones inferamus, sic dicere; Tacitum consensum non sufficere; ut tamen id, quod agitur sine voce, tam prægnans & evidens esse queat, ut expressum consensum valeat: sicut in d. l. 18. *ac ita Wissenbachium intelligo.*

N. ADDIT.

Apparet, nervum Responsionis in eo situm esse, quod Autor putaverit, distinctionem inter consensum tacitum & præsumptum, esse distinctionem inutilem ac sine fundamento in artem juris illatam. Quod vitio quidem ipsi non vertimus, cum ista confusio consensus taciti & præsumpti sit fere universalis, & cum non habuerit occasionem inspiciendi locum, ad quem in Scholio provocamus, ubi de differentia utriusque egeramus. Igitur ut omne dubium tollatur, placet doctrinam nostram postea in Instit. Jurisprud. divinæ l. 1. c. 7. *repetitam, & sensibiliter declaratam, exinde huc apponere,* ubi ita disserui: *Quamvis consensus tacitus sit ille, qui factis declaratur, ac apud Scriptores fere synonymice supponantur consensus tacitus & præsumptus, revera tamen post leges Romanas præsumptus consensus a tacito differt, adeoque nobis horum duorum confusio eo magis vitanda erit, quo minus communiter solet evitari. Scilicet facta licita, quibus utuntur homines, vel sunt signa communi quasi-consensu humani generis recepta, ad declarandam voluntatem nostram, ita ut, si quis ratione utens factum istud audiat, statim inferat, me aliud quid certum ac determinatum hoc facto indicare voluisse; vel non sunt signa communi consensu humani generis* ad

ad declarandam voluntatem recepta, æquitas tamen naturalis vult, ut obligatio ista facta concomitetur, vel ea sequatur. Qui factis prioris generis nititur consensus, tacitus est, qui posterioris generis factum præsupponit, consensus præsumptus in legibus Romanis dicitur, ideo videlicet, quia quilibet civis bonus præsumitur consentire regulis æquitatis naturalis. Ita nutus ostendit assensum tacitum: ita redditio chirographi declarat, cæteris paribus, quod velim debitori donare debitum. Ita postulatio cibi & potus ab hospite diversorii, infert consensum tacitum, quod velim pretium cibi solvere. Contra negotiorum gestio, hereditatis aditio, & in genere omnia facta, quæ in quasi contractibus Legum Romanarum præsupponuntur, directo non inferunt consensum ad solvenda damna domino negotii data, ad præstanda legata legatariis, &c. Sed regulæ tamen æquitatis naturalis a civilibus corroboratæ, hic faciunt consensum præsumptum. Differt adeo ultra dicta consensus præsumptus & tacitus, 1. ratione personæ; Qui suam voluntatem expresse declarare nequit, ille nec tacite. Ita furiosi nutus, redditio chirographi, postulatio cibi, modo dictos effectus non producet. At ex consensu præsumpto obligantur etiam furiosi, v. gr. quorum negotia gesta sunt. Nempe 2. Consensus tacitus obligat saltem eos, qui consensum factis declararunt, ac præsumptus etiam illos ligat, qui nullum factum adhibuerunt; ita obligatur in genere dominus negotii ad reddendas impensas gestori, etiam ignorans negotium geri. Porro in relatione consensus utriusque ad consensum expressum, ingens est differentia. De tacito hæc est regula: Quoties constat de consensu expresso contrario, toties frustra quærimus de tacito. Ratio est, quia verba sunt signa ordinaria declarandi voluntatem suam, facta vero extraordinaria vel subsidiaria. Ita si dixerim, me nolle assentiri, nolle debitum tibi donare, nolle hospiti cibi pretium solvere, nulla erit efficacia nutus, redditionis chirographi, postulationis cibi. Alia longe ratio est consensus præsumpti. Etiamsi negotiorum gestor, etiamsi heres initio statim, vel coram Notario & testibus protestentur solennissime, se nolle ex negotiorum gestione vel hereditatis aditione obligari, frustranea erit hæc declaratio expressa, ut adeo huc potissimum spectet axioma vulgatum: Protestatio facto contraria nihil operatur. Vides itaque 4. ex consensu præsumpto obligari etiam invitos, ex tacito nonnisi volentes. Unde 5. in consensu præsumpto, obligatio immediate veniet ex lege, in tacito lex mediante consensu obligationem operabitur. Breviter 6. tacitus consensus est veri consensus species; consensus præsumptus est consensus improprie dictus. Hinc & in jure Romano ex consensu tacito oriuntur etiam veri contractus, ex præsumpto saltem quasi-contractus.

Ille consensus est Mandatum, quo Procurator constituitur, sine quo Judicium, quasi a Procuratore inceptum, est ipso jure nullum, *l. 24. C. de Procur.* Mandatum illud, quod ad usum judicii, in scripturam redigendum est, habet Clausulas instrumento mandati solitas adjici, ut de *indemnitate*, *ratihabitione*, potestate substituendi, *hypotheca* bonorum, de quibus D. Schotan. *hic.* & ex jure communi usuque fori proficiscuntur, neque difficulter intelliguntur. Præcipue commendatur clausula, qua jus datur agendi omnia, quæ in tali causa a domino agi possent; quam volunt habere Dd. vim specialis mandati. ‡ Quod tamen vix putem indistincte procedere, inprimis, si illa clausula simpliciter, ut fit, ex stylo Notariorum adjiciatur: Verum, si prægnantibus & efficacibus verbis dominus sit usus, ad omne jus, quod in sua potestate foret, tribuendum, videntur & ea fieri posse, quæ alioqui mandatum speciale requirunt, ut est delatio jurisjurandi, *l. 17. §. ult.* cum *l. sequ. de Jurejur.* & reliquæ partes litis ejus generis, quod mandato generali contentum est: non æque, si quod causæ genus novum specialis mandati indigere dicatur, ut restitutio in integrum, *l. 25. in fin.* cum *L. sequ. de Minor.* de qua

‡ In mandato, in quo nonnulli actus ob ingens præjudicium olim speciale mandatum requirentes memorantur, quod ad reliquos attinet, sufficit clausula generalis: qua jus datur agendi omnia, quæ speciale mandatum requirunt, & quæ in tali causa a Domino agi possent; daß der Bevollmächtigte alle Actus, die ein Special-Mandat erfodern, oder der Principal selbst verrichten möchte oder könte, expediren solle; Si discesseris a facultate transigendi, liti & causæ renunciandi, juramenta remittendi, aut pro præstitis, documenta pro editis & recognitis habendi, copias pro originalibus recognoscendi, pecunias, nisi impensæ fuerint, accipiendi, & apocham de solutione facta testantem conscribendi; Hæc enim omnia atque singula, si in manu Procuratoris sui posita vult pars, nominatim in mandato exprimat, necesse est. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 7. §. 2.*

in loco videbimus, & forte *Transactio*, *l. 60. h.* Alioqui sufficit mandatum ad litem generalibus verbis ad omnes judicii partes, ab in jus vocatione ad usque sententiam & executionem; præstat tamen partes notiores processus enumerari, si quid forte specialis mandati egens occurrat, ut est sane delatio præstatioque jurisjurandi. Perezius *ad h. tit. C. n. 18.* sententiæ executionem, & expensarum taxationem inter ea refert, quæ specialis mandati egeant, quod nostri minime servant, neque necessum est. Multo minus persecutio litis adversus contumaces id requirit, ut tamen vult nostra praxis ex male intellecto *art. 1. t. 10. l. 3. Stat.* & probav. *part. II. Jurispr. hodiern. lib. 2. c. 3. n. 10.*

5. Officium Procuratoris est, ‡ omnia facere diligentissime, quæ dominus ipse faceret, *l. 35. §. 2. h. t.* (tenetur enim haud dubie de culpa levissima, *l. 13. & l. 21. C. Mand.* dixi *Part. 1. Lib. 3. tit. 27. n. 7.*) ab initio litis usque ad finem, imo etiam appellare, *l. 27. C. h. t. l. 8. §. 8. Mand. l. 2. An per al. caus. appell.* nusquam tamen dicitur, eum causam appellationis prosequi debere, & videtur hæc res magis ad dominum pertinere, per *l. 9. C. de Appellat. l. ult. in fin. de in integr. restit.* Hinc actor a Tutore vel Curatore datus, appellat quidem, judicium vero Appellationis ipse Tutor vel Curator prosequitur, *l. 10. C. de Appellat.* Atqui ex *§. ult. Inst. de Curator.* didicimus, Actorem, quod ad officii sui potestatem attinet, ejusdem esse juris cum Procuratore. Dissent. Wissenb. ad *h. t. th. 7. & quos ille citat.* Jure Canonico Procurator non tenetur ad appellandum a definitiva, *cap. non injuste 14. in fin. X. de Procurat.* atque ita in foro servatur, Gail. *1. obs. 139. n. 11.* Rebuff. *tit. de Appell. art. 1. gl. 2. n. 3.* sed nos hac de re infra & *ad tit. de Appellat.* distinctius agemus.

Porro, Procurator etiam accessorias lites sustinere, *l. 56. h. t.* quin & in judicio reconventionis Dominum defendere debet, *l. 33. §. 4.* si tamen hoc nolit, cogi non potest, modo renuntiet officio, *l. 17. C. h. t.* sed si manere velit procurator, omnino cogendus est: quos textus ita conciliamus; aliter ac D. Wissenbach. *ad h. t. th. 5.* Etiam procuratorem in rem suam, oporteret conventionem sustinere, si mutua actio ex eadem causa descendat, *l. 70. h. t.* non etiam si ex necessitate bonaque fide procurator in rem suam sit factus, *d. l. 33. §. ult.* cum *l. seq.* qui textus non videntur ferre distinctionem inter directam & utilem actionem, qua utuntur alii, Struvius *Ex. 7. th. 35.* qui quod in fine *d. §. 35.* scribit, *bodie non teneri Procuratorem Actoris dominum defendere*, apud nos minime tenet. Dominio litis, quod Procurator, lite contestata, acquirit, est conveniens, ut sententia quoque in eum feratur, *l. 1. C. de sentent.* quia tamen revera negotium ipsius proprium non est, ideo cum ad executionem veniendum, dominus verus convenitur, in quem actio rei judicatæ intenditur, *l. 4. de re judic.* ubi exceptio, *si procurator in rem suam sit*, quia totum ipsius est negotium; & *si obtulerit, se*, qui ultro id onus in se recepisse videtur, *l. 61. h. t.* Denique, ad officium Procuratoris cognoscendum, repetenda distinctio inter Procuratorem ad litem, & ad negotia specialia. Procurator ad lites constitutus, potest & debet actionem proponere, libellum edere, excipere, in causa concludere, sententiam audire, ab ea appellare, non item pacta vel transactiones inire, contractus exercere, restitutionem in integrum petere, jusjurandum deferre & accipere; quoniam in his præter mandatum in litem, opus est speciali ad hos ipsos actus mandato, *l. 2. C. de transact. l. 60. h. t.* ut *modo* dictum.

6. Quando sine scrupulo constat de mandato Procuratoris, tunc is nullam præstat cautionem; sed si dubitetur, opus est cautione de rato, *l. 1. C. h. t.* * quæ tamen non admittitur, si constet, Procuratorem mandato carere, *§. 3. Inst. de Satisdat.*

‡ Ante omnia officio Procuratoris continetur, Legimationes, Mandata, Tutoria, Curatoria, Actoria, & Syndicata statim una cum libello, aut si ipsa pars libellum obtulerit, & deinde mandatarium constituat, initio statim & in prima positione porrigere, nec prius quam hoc factum, ulla decernetur citatio, aut quicquam non legitimati procuratoris ad acta recipietur; ipsum tamen mandatum, ob superfluas solennitates, quod v. gr. desint clausulæ: **der Erben und Erbnehmen**, rati, grati, aut signo plane non munitum sit, vel tali, quod characterem habet olim vulgo reprobatum, **mit einem vergogenen Nahmen**. non amplius est impugnandum. Literarum imperiti in judicio, coram Judice causæ, vel alio quocunque, vel etiam coram Notario & duobus testibus procuratorem constituant. *O. S. E. I. & E. Tit. 7. §. 1.*

* Apud nos hæc cautio desideratur, quoties mandatum est, *O. P. S. t. 7.* §. **Da auch etwa.** e. g. si non legitime aut plane non sit subsignatum; Non efficit tamen hæc cautio, ut ad actum, speciale mandatum re-

Duntaxat personæ conjunctæ, ‡ ut liberi, parentes, fratres, affines, maritus, etiam sine mandato, sub cautione de rato audiuntur, *l. 35. h. t. l. 21. C. eod.* ut & litis consortes, *l. 2. C. de consort. ejusd. lit.* Porro, quia Procurator est dominus litis, *l. 11. C. h. t.* intelligitur, negligentiam aut dolum procuratoris nocere Domino respectu adversarii; sed procurator actione mandati tenetur, *l. 10. C. h. t.* nisi procurator sit minor, qui in integrum restituitur contra Dominum, ita ut is sibi imputare debeat, quod minorem elegerit, *l. 23. de Minor.*

7. Finitur officium Procuratoris ‡‡ iisdem modis, quibus Mandatum, quos pete ex Institutionibus; quemadmodum & actio, quæ datur Procuratori adversus Dominum, & huic adversus Procuratorem, est eadem, quæ Mandati, directa, & contraria. Justæ causæ, ob quas Procurator impune tuum officium deponere potest, sunt hujusmodi; si capitales inimicitiæ intervenerint inter ipsum Procuratorem & Dominum, si dignitas accesserit Procuratori, vel Reipubl. causa absuturus sit, si valetudinem, aut necessariam peregrinationem alleget, vel hereditas superveniens, eum occupet. Nec etiam compelli potest, si dominus sit præsens; quæ omnia a Prætore, causa cognita, temperanda sunt, *l. 8. §. ult. & ll. seqq. h. t. seqq.* Quibus addatur ex *l. 43. §. ult. l. 44. & pr. l. 45. h.* si bona Domini a creditoribus possessa fuerint, non si aliter solvendo esse desierit; quomodo conciliat *l. 43. inf. hic*, cum *l. 76. & seqq.* D. Wissenb. *ad h. tit. th. 4.* qui applicat hic differentiam *pauperis* & *egeni*, quam ex variis locis veterum probat: sane est ita quidem, ut ex locis ab illo citatis patet; Etiam Seneca ita, *lib. 1. epist. 17.* Non *est quod paupertas nos a philosophia removeat, ne egestas quidem;* At in jure nostro pauperes & mediocres sive modici, pro iisdem sumi videntur, in *l. 15. §. 15. de Excusat. Tut. ibique* Gothofred. Nescio an non hoc discrimen affectatius sit, quam ut a JCtis hic attendi videatur; forte sufficit dixisse; excusari Procuratorem, ob paupertatem domini, at non simpliciter; verum causa cognita, ut non modo ipsi, verum & fidejussoribus consulatur, *d. l. 45. in pr. & l. 76.* Dominus etiam ante litem contestatam libere mutat procuratorem, post litem contestatam, non nisi causa cognita, *l. 22. C. h. t.* ex ratione *l. 11. & l. 23. C. h.* quod lite contestata Procurator sit Dominus Litis: Defensorem nunquam aliter quam causa cognita mutare potest, *l. 64. h. t.* nisi verba, *causa cognita*, illic abundent, ut vult Cujac. *22. obs. c. 1.* Wissenbach. *h. n. 8.*

8. Exceptiones, quæ Procuratori objiciuntur, ex persona constituentis, vel Procuratoris constituti peti solent; veluti, quod is constituerit, qui constituere nequit, vel is datus sit, qui dari non potest, cujusmodi exceptiones initio litis opponendæ sunt, neque post judicium cœptum amplius objici possunt, *l. 13. C. h. t.* nisi tale sit vitium, quod judicium reddat nullum, velut, si servus aut pupillus pro aliis egerit, aut falsus procurator intervenerit, qui non habuit mandatum, vel cujus mandatum est revocatum, *l. 24. C. h.* Nam hæ exceptiones etiam post sententiam recte opponuntur; quia non videtur fuisse judicium, ubi defuit persona judicii accipiendi capax, Gail. *1. obs. 47.* ubi addit, gesta per falsum Procuratorem, a Domino quoque post sententiam rata haberi posse, quod tamen recte improbat Perez. *ad h.*

quirentem, Procurator admittatur, Carpzov. *l. 3. Resp. 8. n. 13.* Nec, qui chartam blancam (ein Blanquet) nondum extensam exhibet, cum ea admittitur, quia mandato plane destitutus censetur. Carpz. *P. 1. C. 1. d. 28.*

‡ Personis, qui absque mandato sub cautione rati admittuntur, *O. P. S. Tit. 7. §. 2*, enumeratis, Ascendentibus, Descendentibus, Collateralibus intra tertium gradum, Marito, Socero, Genero, novissimo Jure *Tit. 7. §. 3.* Vitricus & Privignus additi sunt, durante scilicet affinitas Vinculo in his, ut & in Socero Generoque, exclusis etiam fœminis, quæ sub cautione rati non admittuntur. Istæ personæ actus judiciales speciale mandatum non requirentes peragunt, cautione X. XX XXX. & amplius Uncialium per fidejussores, pignora, vel si immobilibus gaudent, nuda promissione constituta; quæ, principali acta ejus & facta non ratihabente, præter impensas refundendas, alterius partis commodo cedunt.

‡‡ Nec Mandatarius causa semel suscepta mandato renunciat, nec mandanti, nisi sub ejusdem Judicis jurisdictione degat, ante mandatum revocare licet, quam alium procuratorem constituit, nisi ex sufficientibus & Judici probatis causis, *O. P. S. F. I. & E. Tit. 7. §. 4.* Nec substituentes aut mandantes ipsi, in judicio forte comparentes & agentes aliquid, eo substitutionem aut mandatum revocasse tacite, præsumendi sunt, *c. 8. de Procurat. in VI.* expresse rejecto. *d. Tit. 7. §. 5.*

tit.

tit. C. num. 13. nam etsi nullitas ex defectu consensus, eo accedente, evanescat; & id quod est gestum, convalescat, id tamen fieri nequit, ubi jam alii jus ex eo, quod gestum est, quæsitum fuit; si quidem hic reus ex non condemnato, per ratihabitionem adversarii fieret condemnatus; plane citra præjudicium tertii potest Dominus acta falsi Procuratoris approbare, *l. 56. de Judic.* quæ sic capienda videtur. Præterea, datur exceptio Satisdationis non præstitæ, iis casibus, quibus Procurator ad eam præstandam tenetur, ut *superius* expositum est. De marito adhuc tenendum, eum in omnibus causis pro uxore agere posse; cum satisdatione de rato; nisi mandatum expresse ab uxore acceperit; tunc enim ejus fines excedere non potest, *l. 22. C. h. t.* Jure Saxonico‡ moribusque earum Gentium, qualis & nostra, ubi Maritus est Curator legitimus uxoris, ne quidem opus est mandato, non magis quam alii tutores & Curatores eo indigent; præterquam in rebus, quæ potestatem Curæ egrediuntur, ut si res uxoris alienare velit, aut obligare. Perez. *ad Cod. h. t. n. 15.*

DE PROCURATORIBUS PUBLICIS.

Illorum definitio & officium exponitur cum differentiis a Procuratoribus Litium Privatis.

9. QVæ de Procuratoribus, secundum ordinem Rubricæ *superius* collocata sunt, promiscua fuerunt omnibus, qui ex medio civium numero causas amicorum in Judiciis agendas suscipere non gravarentur, ita, quemadmodum postulandi officium olim promiscuum fuisse videmus. Illa omnia dicta hodieque Mandatariis, qui privatim, amicis absentibus, illorum rogatu litibus urgendis dant operam, conveniunt; Nec illi non sunt Procuratores ad Litem. Sed ego ita existimo, Procuratores ad litem, ut hodie res sunt in foris Europæ, distinguendos esse in Privatos & in Publicos. Privati, qui amicorum rogatu causas illorum in judicio pendentes, instituendas & administrandas suscipiunt, idque facere possunt omnes, de quibus in *praeced. tit.* intellectum est; etiamsi infames sint, ut Justinianus indicat in *§. ult. Inst. de Except.* Etenim in privatis officiis, licet ad judiciorum ordinem, aut similitudinem accedentibus, non attenditur, integræ famæ quis sit, an ignominiosus, *l. 7. in pr. de Recept. qui Arbitr.* Sed postquam in omnibus Foris receptum est, ut publicum sit Procuratoris officium, quod in multis etiam Foris beneficii loco, certis personis intra numerum tribuitur, longe alia Procuratorum ad litem, quam fuit olim, ratio facta est. Quam paucis explicare necessarium duxi, quando cum privatis, sine confusione, pariter explicari non posse videntur: a definitione incipiemus.

10. PROCURATOR Publicus est: *Vir bonus, ordinis judicialis peritus, autoritate publica, ad lites ex mandato Partium administrandas, constitutus.* Quod ad genus attinet, *Viri boni*, id civiliter accipiendum, & officii ratione, quod malas artes nihilo magis quam Advocati admittit; etiam ut a privatis Procuratoribus, quos esse viros bonos non requiri diximus, separetur. *Ordinis Judicialis peritum* dicimus, quoniam hæc præcipua ratio est, cur promiscuum alienas causas procurandi officium, in *Publicum*, ut videmus, est mutatum; ne Judicia im-

‡ Fœmina ætate major, omnes atque singulos actus judiciales, etiam speciali mandato indigentes recte peragit, aut horum nomine Actorem constituit, adhibito tamen curatore judicialiter constituto, aut saltim legitimo, marito suo; nisi forte curatorem generaliter datum habeat fœmina, quo casu ad istos actus expediendos non sufficit solius mariti auctoritas, nisi forte, interrogante judice aut parte, talem curatorem sibi esse neget; quo facto omnia rata sunt, nec mulieri ad subtilitatem juris amplius refugere licet. Cæterum curator curandæ nomine, aut maritus uxoris loco, non nisi in actibus speciale mandatum haud requirentibus comparet, aut actorem constituit, hic tamen absque rati cautione, nulla inter bona dotalia, paraphernalia aut receptitia adhibendo discrimine. *O. P. S. E. I. & F. Tit VIII. §. 1.* Plures curatores uno curatorio constituti, omnes cum fœmina in judicio compareant, aut actorem constituant; quod in iis, qui in diversis judiciis, aut diverso tempore, aut separatim ordinati sunt, est secus. *d. Tit. §. 2.* Curatorium mutato a fœmina domicilio, aut Actorium a fœmina simul datum, adhibiti curatoris morte, aut quod a cura discesserit, dimissusve fuerit, non exspirat. In matrimonialibus tamen causis fœminæ omnes; & in mercatoriis mercatrices, ad amicabilem compositionem tentandam, absque curatore rite comparent. *d. Tit. §. 3.*

peritorum hominum ſtrepitu & diſcurſu turbarentur. Quare factum eſt, ut in pluribus locis, utique & noſtris Foris, ne dominis quidem rerum ſuarum ipſis, lites ſuas agere & dirigere permittatur: niſi neceſſitatis ergo, ſi Procuratorem Publicum forſitan invenire nequeant: quo caſu mulierum quoque libellos, utcumque ineptos, memini eſſe admiſſos. Hoc eſt, quod verba definitionis volunt, *Auctoritate publica*, & quidem prævio examine & jurejurando, ut noſtratibus Statutis expreſſum eſt, in *lib. 3. tit. 2. art. 22.* Huic requiſito publicæ auctoritatis & muneris conſentaneum eſt, invitum quoque Procuratorem ad cauſam ſuſcipiendam poſſe compelli, ut de omnibus publicis muneribus conſtat, etſi Procuratores Juris Civilis invitos compelli non poſſe, traditum ſit in *l. 17. C. h. t.* Hodie poterunt, ita quemadmodum de Advocatis dictum eſt, ſi quis forte Procuratorem non inveniat. Privatis quidem licet eſſe Procuratoribus aliorum citca judiciales cauſas; ſed nihil in Judicio illis agere permittitur; etſi de omnibus in univerſum foris id affirmari forte nequeat; eſſe enim, ubi privatis etiam liceat agere cauſas ſuas, de Germania ſcribit Thomaſius *ad h. t.*

Additum eſt, *ex mandato partium.* Publice enim ad totum genus officii admittuntur. In ſingulis cauſis mandato partium non minus egent, quam de privatis procuratoribus dictum eſt. Et quidem Adverſario, Mandatum in forma publica Curiæque ſtylo petenti, exhibendum eſt; tametſi plerumque mutua Procuratorum indulgentia exhibitio, niſi in cauſis odioſis, non deſideretur: ut plurimæ lites ſine ullo mandati inſtrumento peragantur; etſi faciendum non ſit Procuratori, ne deſtitutus eo prodeat, quod ſi rogatus non præſtet, exceptione *cum impenſis* repellitur. * Alioqui parte adverſa non movente, Judex nihil movet. Ipſe vero litis dominus etſi mandatum non dederit ſcriptum, ſi tamen cum Procuratore ſuo ſteterit in judicio, nunquam dubitatum eſt in Curia noſtra, quin tanquam ex mandato condemnandus eſſet, *per l. 18. ff. Mandati.*

Cæterum, tres in inſtrumento mandati clauſulæ ſunt uſitatæ, *Ratihabitionis*, *Indemnitatis* & *Subſtitutionis*, quarum ultima Statutis noſtris ſpecialiter requiritur, *lib. 3. tit. 10. art. 4.* etſi non expreſſa, jure communi tamen hæc poteſtas ſubſtituendi Procuratori non poſſet negari, *l. 8. §. 3. ff. Mandati.* Credo tamen ab Adverſario Procurationem poſſe recuſari, ſi careat hac clauſula, quia Statuto ad formam ejus nominatim requiritur; cujusmodi formalia Statutorum rigide obſervanda eſſe, conſtat. Verum indemnitatis & ratihabitionis minume perinde ſunt neceſſariæ adjectiones, cum & per ſe ex mandati natura intelligantur, nec in Statutis commemorentur: Imo ratihabitionis clauſula mandato, cui fere apponitur, & in cujus defectu adhibetur, *l. 1. C. h. t.* prope repugnat.

11. Poſtremo in definitione eſt, *Ad lites adminiſtrandas.* In hoc diſcrepat ab Advocato Procuratoris officium, quod ille ad Patrocinium voce vel ſcripto præſtandum, hic ad urgendam & adminiſtrandam litem ad exitumque moderandum adhibeatur; plus enim quam miniſter eſſe non videtur publicus Procurator, ne quidem poſt litem conteſtatam, quod ſecus eſſe in Procuratoribus ſimpliciter dictis, *ſupra* intelleximus ex *l. 23. C. h. t.* Quia vero Pragmaticis noſtris valde ſedet, id quod de Procuratoribus litium dominis in Legibus proditum eſt, id de noſtris etiamnum Procuratoribus eſſe verum, mihique aliter perſuaſum eſt, nec adhuc, quod ſciam, ejus rei obſervatio conſignata eſt, agam paucis, ut Procuratores hodiernos litium dominos nunquam fieri videri, demonſtrem. Rationes ſunt hæ: I. Procurator more Romano dabatur quilibet amicus, qui plerumque gratis hoc officio fungebatur, & litem conteſtando ſe obligabat, eaque ratione cauſam ſuam faciebat ſuam, ut dominus litis merito fieret; At noſtri Procuratores officium hoc publicum, ut ſe familiamque tueantur, exercent, cauſas aliquando ſimul innumeras habentes, quarum omnium ipſos fieri dominos, valde inconveniens foret. II. Procuratores publici veteribus incogniti fuerunt. Ergo de illis Regula, quod Procurator fiat dominus litis, non poteſt intelligi. Procuratori publice conſtituto hodie conceditur ſe exonerare cauſa, etiam poſt litem conteſtatam,

* Apud nos, qui ſine mandato in judicio comparet, non modo exceptione illegitimationis repellitur, ac in expenſas termini, pro re nata, condemnatur, Born. *Diſſ. I. ad Univ. Jus Judiciar. Comm. & Saxon. th. 20. lit. 6.* ſed & prima vice 5, ſecunda 10. thalerorum mulctam præſtare cogitur, quæ augetur, ſi ulterius ſine mandato procedat. *Ord. Proc. Sax. tit. 7. pr. verb.* So ſoll dennoch kein Advocat. Carpzov. *Proc. tit. 5. art. 7. n. 11.* Svendend. *ad Fibig. Proc. p. 75. num. 48.* j. Rivin. *ad Tit. 7. Ord. Proc. Sax. En. 1. & 4.* In Saxonia autem Communi hoc caſu ſola condemnatio in expenſas locum habet. Richt. *Decad. 1. diſſ. 3.*

ut

ut *infra* videbimus, quod, si dominus esset litis, ita fieri non posset, ut didicimus ex *l. 8. §. ult. cum LL. seqq. h. t.* III. Sententia in Procuratorem, qui dominus litis est, ipsum fertur, ut etiam qui dedit procuratorem, si causa famosa sit, ab infamia legali eximatur, *l. 2. ff. de Obseq. Parent. & Patron. praest.* Hoc hodie si obtineret in iis locis, ubi non nisi per Procuratores publicos lites agi possunt, nemo e famosis judiciis per sententiam infamis fieret. Solet quidem Procuratoris publici nomen inseri, verum ut ministri, adjecta Domini qualitate exacta. IV. Procurator, qui est dominus litis, non potest petere salarium, nisi diserte promissum, *l. 56. §. 2. Mand.* Dominus enim qua ratione salarium petat? sed Procuratores publici, salaria licet non promissa, petunt tamen ut ministri, ita quidem, ut in eodem judicio ne sententiæ quidem indigeant, sicut alii creditores; sed recta via declarationem & executionem petant, ut Thomasius *hic*, & Schilter. *exerc. 10. th. 38.* de suis quoque Foris testantur. V. Qui dominus litis est, huic nihil obstat infamia, quo minus fiat maneatque dominus litis; quid enim domino obstare queat infamia? sed Procuratores publicos non posse infames esse, publici officii ratio satis indicat, eademque non esse dominos litis, arguit.

SCHOLIUM.

Sed tamen de jure Romano dominus litis fit demum per contestationem litis. Si ergo pars adversa eum ad litis contestationem non admittat, (quod facere potest, vide Auct. prælect. ad Inst. de Except. n. 13. Not. ad Strauch. XXIII. 20. p. 338.) *nec fiet dominus litis. De Jure Canonico & moribus nostris, vide* Notas ad Strauch. d. l. *Accedit, quod, uti dictum, moribus nostris, nulli Procuratores fiant domini litis.*

RESPONSIO.

Id a me non est scriptum loco citato, *posse adversarium negare litis contestationem, quia Procurator sit infamis. Hoc enim per exceptionem adsequi deberet, quam non dari propter infamiam Procuratoris,* Justinianus *auctor est in §.* ult. Inst. de Except.

N. ADDIT.

Imo vero satis perspicue Autor in illo loco distinxit, an infamia Procuratoris sit evidens, vel secundum stylum processualem in continenti probabilis, utrum dubia, ita ut priori casu Judex eum admittere non debeat. At vero de tali infamia intellexi etiam Auctorem hoc loco, & credo intelligent omnes alii, ita ut effugium, quod jam in §. ult. de Except. *quærit, parum ad rem faciat.*

VI. Et præcipua ratio est: Quod Procurator, qui fit dominus litis, manet talis usque ad sententiam, etsi mandans sive dominus ejus originalis, sit mortuus, *l. 23. C. h. t.* At nostri Procuratores publici, mandatoribus eorum mortuis, in causa pergere non possunt, nisi facta Reassumptione ab heredibus mandatorum; a quibus novum Procuratori mandatum, ex ratione Juris, in eum finem necessario dandum esset. Verum in nostra Curia cum mos exigendi novum hoc casu mandatum in desuetudinem abiisset; & tamen ex facto evenisset, ut exceptio Reassumendi Procuratoris nomine successorum defunctæ Actricis opponeretur, Curia paribus suffragiis, inter rationem Juris & utilitatem minuendi exceptiones, hærente; prævaluit tandem, unica voce, pragmatica utilitas, statutumque est, ne mandati hoc casu exhibitio sit necessaria, quo factum est, ut Reassumptio vix amplius sit, quam Ceremonia *apud nos:* quam & plane sustulit in suis Foris Elector SAXONIÆ, mandato XVI. Januarii 1655. *

* In Mandato Electorali *de Anno 1655.* ad quod Autor se refert, secutus Serenissimus Legislator Recessum Imperii *de Anno 1654. §. 99.* ad evitandas litium reassumtiones, quæ olim mortuo litigante perpetuæ erant necessitatis, vid. *O. P. S. Tit. 17.* j. Carpz. *P. 1. C. 11. def. 13.* singulis mandatis inserere, jussit clausulam heredum: Vor mich, meine Erben, (additamentum enim derer Erbnehmen non præcise requiritur, v. Menck. *ad O. P. S. tit. 17. §. 3.*) unde reassumtio litis regulariter non est necessaria, sed post mortem mandantis sententia in procuratorem fertur, *Ref. Grav. d. Anno 1653. 57. gr. 10. & 19.* qui nomina heredum intra terminum Saxonicum ad acta referre debet. *d. Mand. El. d. An. 1655.* Interim non plane omnis reassumtio processus sublata est, ‡ ut cum Autore Ziegler *ad O. P. S. tit. 17.* existimat, sed necessitatem reassumendi litem nondum penitus desiisse, ostendit Born. *Diss. II. ad Univers. Jus Judiciarium Comm. & Sax. th. 1. lit. h.* Unde si partes ipsæ sine procuratore in Judicio egerint, aut Procurator mandato tantum præsumto, non vero instructus fuerit, vel de facto clausula heredum in mandato omissa sit, nec non si successor in officio antecessoris Processum continuare velit, reassumtione adhuc opus est. Conf. Philippi *de Reassumtione Litis Lips.* habitam.

‡ Sed nunc sublata est absque discrimine, etiam si partes ipsæ sine procuratore in judicio egerint, heredi-

 potest

cum *in Ordin. Proceff. Sax. tit. 17.* exigatur, tefte Thomafio in *Schol. ad pofit. noftram 11. ff. de Re Judic.*

12. Hæc res & ad officium Procuratoris in univerfum & ad hanc obfervationem pertinet, quod Procuratores publici non fint domini Litium: Quid de privatis hac parte juris fit, deinde videbimus. Sed oportet hic fummam officii Procuratori incumbentis breviter recenfere. Primo id agere debet, ut de caufæ meritis & circumftantiis exacte inftruatur, eamque inftructionem fcripto comprehenfam cuftodire debet, quo, fi Curia petat, eam exhibere queat, ut apud nos conftitutum eft, *3. Stat. tit. 4. art. 6.* quod tamen hodie negligitur potius quam obfolevit. Tum petere debet citationem, ita ut diximus ad *tit. de in Jus voc.* Dein curare, quo juxta libellum reliquasque fcripturas jungantur inftrumenta, quorum in illis fit mentio: Suæ partis Scripturæ in tempore præftentur, Adverfarius moræ accufetur, reus peragatur; nec cum eo nimia colludat indulgentia procraftinandi. Scripturis perfectis, urgere debet, ut vel definiatur a Judice caufa, vel interlocutione probationibus delegetur. Quo facto, videre, conquirere probationes, teftes, inftrumenta, quæque porro ad definitivam neceffaria, parare, denique apud Judicem, ut fententia pronuntietur, inftare.

13. Quibus omnibus rebus cum Advocati officium pari fere paffu conjunctum fit, hinc apud nos aliosque plures populos, datur aut procuratoribus poftulandi jus, aut Advocatis Procuratorum quoque partes delegantur, qua de re vide Mornacium *ad tit. C. de Procurat.* ubi plures recenfet populos eodem utentes inftituto. Lex Frifica dat electionem litigantibus, Advocato & Procuratore feorfim, an eodem fimul utrasque partes implente velint uti, *3. Stat. tit. 4. art. 4.* Sed ufu obtinuit, ut ne amplius diftincta Procuratoris & Advocati officia fint, vel apud Curiam vel in dicafteriis inferioribus, fed & illic Advocati mandato procurationis inftruantur, & heic Procuratores fint Poftulantes, quod alloquin effe Advocatorum, intelleximus: nec aliter Patroni in Curia, quam in qualitate Procuratorum fimul & Advocatorum admitti, moris ac juris eft. De Camera vid. Gail. 1. 44. 8.

14. Sententia lata, finitur officium Procuratoris, *l. 17. C. h. t.* quippe cum executio dirigatur in Dominum litis *l. 4. de Re Judic.* Proinde nec ultra minifterium fuum extendere cogitur; *nifi Provocationis caufa*, additur *in d. l. 17.* qua de re *fuperius* dictum eft. Hoc fatis conftat, Procuratores, volentibus dominis, appellare debere, *d. l. 17.* Sed an fine fpeciali mandato tenetur ad appellandum Procurator? Non videtur, quia finitum eft ejus officium, a quo pendet quidem appellatio, ut negare non poffit hanc officii acceffionem; fed ut non rogatus ad hoc teneatur, nulla ratio vel Lex, opinor, dictat: Sane fi ultro, fine fpeciali mandato, procurator appellandum putet, recte fe interponere videtur, *arg. d. l. 17.* Forte etiam, fi dominus intra tempus appellationi interponendæ præfixum, certior fieri & mandatum edere non poffit, ne fatalia ruant, Procurator ad appellationem interponendam obligatus videbitur, e verbis generalibus *d. l. 17.* Profequi appellationem interpofitam an etiam cogatur, fuperius quæfitum, & cum Gloffa ad *d. l. 17.* & plerisque Interpp. negatum eft; Utique moribus hodiernis eum non cogi ad profequendum, teftatur Mafuer. *tit. de Procur. §. item non cogitur.* Coren. *decif. 34. n. 11.* Resque ipfa id ita fatis dictat, in Procuratoribus publicis, qui raro aut nunquam in Judiciis Superioribus, ad quæ fit appellatio, habent jus Procurandi vel poftulandi, adeo ut fi maxime vellet, ne quidem poffet appellationem profequi, quomodo accipiendum fufpicor, quod D. Wiffenbach ad *d. l. 17. C. h. t.* notat ex Zobelio *part. 1. differ. 41. n. 11.* Hoc fatis expeditum videtur, Procuratorem, etfi non teneatur ad profequendam apud Superius Judicium appellationem, tamen non poffe defungi nuda interpofitione; fed eum teneri ad omnia, quæ apud Judicem, a quo appellatum eft, ad appellationem introducendam, peragenda fint, non videtur

busque incumbit litem continuare, aut, fi hoc ita fieri e re heredum actoris non videbitur, refufis expenfis liti renunciare; prius tamen illud ita, ut curfus fatalium, ob tam arduum & repentinum impedimentum, per IV. Menfium fpatium fiftatur. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 17. §. 1.* Unica eft exceptio in lite, quam defunctus ex officio exercuit, aut ejus alias commodum vel incommodum ad fucceffores fingulares pertinet; tunc fucceffores fub comminatione, litem pro reaffumta habitum iri, conceffo tamen geminato fpatio Saxonico funt citandi; comparentes aut continuent, aut renuncient in proximo termino, quo cafu ad impenfas reftituendas non tenentur, ab eo, qui litem exorfus eft, aut ejus heredibus, aut eo, qui officiali mandavit, recuperandas. *d. Tit. §. 2.*

detur dubitandum: Atque ita superiori anno condemnatum a CURIA novi Procuratorem, qui appellatione interposita, non petierat Apostolos, nec cætera, quæ ad introductionem appellationis pertinent, administraverat, ad id quod intererat mandantium. Quid amplius circa appellationes officii sit Procuratorum, in loco de *Appellationibus* tradetur commodius.

15. De Reconventione, quam Procurator sustinere debeat, aut non debeat, satis in *præcedenti* sectione dictum est, eademque in publicis Procuratoribus obtinent; nisi quod in his minus dubii vel difficultatis occurrit, quo minus hi reconventionem in se recipere graventur; etsi absolute, si totam mallent omittere causam, ad eam suscipiendam compelli non possent. Quæsitum est, an Procurator, habens mandatum de Reo vocando ad Delegatos Ordinum, ab hoc citatus ad Curiam Supremam ob eandem causam, illic dominum defendere cogatur. Et judicatum est, non cogi, quia non habebat mandatum in eum finem, & quod dicitur, Procuratorem teneri ad defendendum, ad diversum tribunal produci non potest. *In causa Regneri Gravii contra Petrum Attama, mandatarium Roberti Abriconii, 13. Decembr. 1643. teste* Nanta, *decis. 3.*

16. Finitur officium Procuratoris Publici, I. morte mandantis, ut dictum, multoque magis morte Procuratoris, ut ex loco communi apud *Inst. de Mandato* intellectum est. II. Finitur revocatione mandantis, re adhuc integra, impune, alias præstito eo quod interest; Scilicet impensis salariisque persolutis, idque etiam post litem contestatam; quia ne tum quidem plus quam mandatarius & minister est; ideoque nihilo secus ac alii mandatarii, de quibus *ad tit. Inst. Mand.* habendus est. Quod enim in legibus nostris scriptum est, Procuratorem post litem contestatam, non nisi certas & graves ob causas, posse mutari, *l. 16. & 17. in pr. h. t.* de his, qui lite contestata fiunt Domini litium, accipiendum esse, res loquitur. III. Finitur renuntiatione, quæ similiter re adhuc integra fit impune; deinceps non aliter, quam si Mandantis nihil intersit, ad cujus præstationem tenetur, eam fieri, non est quod hic repetatur. Quod si per culpam mandantis fiat, ut si hic Procuratorem non instruat, etiam impune renuntiari potest, & Procurator habetur pro Exonerato, si testato denuntiet domino, isque venire cunctetur, ut Statutis nostris expressum est, *lib. 3. tit. 10. art. 6.* Proinde, quod de gravissimis causis, citra quas renunciatio post litem contestatam fieri nequeat, habetur in *l. 8. §. ult.* cum *LL. seqq. h. t.* rursus de Procuratoribus *litium dominis* intelligendum. Alibi tamen causæ cognitione summaria opus est, ut Procurator exoneretur. Gail. *1. obs. 46. n. 5. 6.*

17. Hæc ita de publicis Procuratoribus seorsim, etsi vulgo non fiat, exponi momentum juris & ratio perspicuitatis exegit. * Quæ in *sectione priore* de Procuratoribus exposita sunt, haud parum ab his ultimis diffidentia, quo minus ea de privatis ad litem mandatariis, qui ab amicis absentibus rogantur, ut causas eorum agant, hodieque prædicentur, nihil in universum obstat. Quoniam autem D. Thomasius in *Scholiis ad hunc tit.* desiderat, ut differentiæ Procuratorum publicorum & privatorum in conspectu ponantur, fiat id paucis, ex *supra* dictis. I. Procurator publicus non aliter officio potest fungi, quam si publica auctoritate sit admissus, examinatus & juratus, ut plurimum. Privatus solo domini mandato constituitur. II. Publicus in ipso Judicio cuncta ad processum causæ necessaria peragit; privatus extra judicium iisdem rebus curandis dat operam. III. Publicus tantum est Minister causæ, manetque talis post litem contestatam. Privatus litem contestatus exinde fit dominus litis, & pro tali, absente domino originali, habetur. IV. Publicus procurator debet esse *Vir bonus*, minimeque infamis; in privato morum famæque ratio non habetur. V. Publicum oportet esse jurisperitum: quod in privato minime requiritur. VI. Publicus mortuo domino causam nomine successorum readsumere debet; Privatus ad sententiam usque inoffenso cursu procedere potest, *l. 23. C. h. t.* VII. Privatus Procurator potest ipse dare Procuratorem, *d. l. 23.* hodieque publicum adhibere debet; Ipse publicus Procurator ne quidem lite contestata,

* Observanda hic etiam illa est Juris nostri & Communis differentia, quod, cum hoc clausulam rati in mandatis haud requirat, Rauchb. *P. 1. qu. 1. n. 13.* Menck. *Contr. Jur Civ. Disp. II. th. 1.* nostrum, saltim vi observantiæ, eam præcise mandatis inseri jubeat. Berlich. *P. 1. Concl. 14. n. 71.* Carpzov. *Proc. tit. 5. art. 1 n. 79.* Cæterum de personis, quæ sine mandato cum cautione rat pro aliis in Saxonia admittuntur, dictum est *supr. ad Inst.* ab Aut. *p. 436.* conf. Gribner. *de Mand. speciali.*

potest

potest alium dare Procuratorem nisi hoc specialiter Mandato ejus insertum sit, ut e Statutis nostris *supra 3. 10. 1.* demonstratum est. VIII. Publicus salarium petit, etsi non stipulatus; Privatus non nisi nominatim promissi, jus petendi habet. IX. Privati, nec renuntiare, nec revocari, lite contestata, nisi ex magna causa possunt; In publicis utrumque licet, si nihil alterius, ut modo vidimus, intersit.

DE DEFENSORIBUS.

Quid illi, differentiæ illorum, & officia singulorum explicantur.

QVicquid autem de Procuratoribus privatis habuimus, etiam de illis evidentissime verum est, qui mandato carentes, sub cautione de rato, pro conjunctis personis admittuntur, ex *l. 35. in pr. h.* Alioqui sine mandato actionem institui non posse, jam pridem constat, verum absque mandato Reum defendere, justum & ordinarium est, quia cum agere sit in arbitrio cujusque, vel ipse litem inferre vel alium ad hoc constituere potest ac debet; Reus quando conveniatur in potestate non habet, ideoque nihil æquius est, quam alium quemlibet verba pro illo facientem admittere. Tales sunt, qui in Rubrica *hujus tit.* vocantur DEFENSORES, *§. pen. I. de Satisdat. l. 43. §. ult. & l. 46. §. 2. h. t.* *Qui* inquam, *sine mandato pro aliis interveniunt,* * *causamque suscipiunt defendendam,* vulgo in nostro Foro *intervenientes* appellantur. ** Ut autem omne genus intervenientium complectamur, recte eos divisuri videmur, in Voluntarios & Necessarios. *Voluntarii* sunt iterum duplices; Interveniunt enim vel amicitiæ, vel utilitatis suæ causa. Prius, quando quis absentem amicum videns in jus vocari, eumque volens demereri, sponte causam ejus suscipit defendendam. Hoc officium cuique liberum est administrare, teneturque adversarius ad litem cum defensore contestandam, si modo caveat judicatum solvi, *d. §. pen. & d. l. 43. §. ult. & l. 46. §. 2.* In Rei Vindicatione præterea de rato, quia dominus deinde reversus rem vindicare posset, *l. 40. §. 2. h. t.* Si quis *utilitatis* suæ causa velit intervenire, quod sæpe fit, etiam pro præsentibus, non aliter admittitur, quam si probet, duntaxat summarie, sua interesse; ne litis distrahendæ gratiæ obtrudatur, ut Gailius probat *1. obs. 69.* idque tum, adversario non modo invito, sed etiam ipso, qui defenditur, ut probant Dd. ex *l. principaliter. 19. C. de liber. caus.* ubi Patronus libertum a se manumissum, qui ab alio in servitutem vindicatur, pro beneficio suo tuendo, vel invitum defendere potest; videlicet, si ipse defendere se nolit: Consentiente reo principali, potest etiam is, cujus interest, se ipsi Reo, pro eo, quod sua interest, *ad-*

* Hujusmodi defensores stricte sic dicti, qui & vero & præsumto mandato destituti sunt, apud nos pro reo non admittuntur, *a. O. P. S. tit. 7.* Carpzov. *P. 1. C. 1. d. 26.* Berlich. *P. 1. Concl. 14. n. 21. seqq.* j. Martin. *ad O. P. S. Tit. 13. §. 1. n. 85.*

** Sed qui apud nos intervenientes appellantur, ‡ a defensoribus Juris Romani longissime differunt. vid. *O. P. S. tit. 15.* Dividuntur in principaliter & accessorie intervenientes. Hi uni litigantium parti, propter suum Interesse, assistunt, quod & ante & post litem contestatam, imo post sententiam quoque, fieri potest, Carpzov. *Pr. tit. 4. art. 2. num. 35.* quæ nondum in rem judicatam transiit, Lang. *Proc. c. 13. n. 13. seqq.* j. tn. Ziegler. *ad h. t. verb.* in erster. processumque in statu, in quo est, assumunt. Svendendörf. *ad Fibig. p. 446.* Illi vero alterutrum vel utrumque litigantium excludere cupiunt, adeoque ad Processum continuandum non tenentur. Stryck *Introd. ad Prax. For. c. 13. §. 8.* sed processum, qui inter actorem & reum tractatur, suspendunt. Svendendörf. *l. c. pag. 445.*

‡ Si principalis sit eorum interventio, interveniant, nisi juris sui amissione mulctari velint, intra spatium Saxonicum, ex quo litis motæ scientiam habere cœperunt, aut jus interveniendi nacti sunt, quo nomine judice jubente, aut petente parte, jurejurando defungentur. Isto spatio neglecto non admittetur interventurus, sed ad peculiarem actionem instituendam ablegabitur; quo jure etiam utendum est, si sententia definitiva jam in rem judicatam abiit, nisi intervenientis ita intersit, ut de eo in continenti liqueat, aut eidem damnum irreparabile immineat. *O P. S. E. I. & E. tit. 15. §. 1.* Accessorie interveniens litem, ut est, suscipiat, & continuet, quatenusque sua intersit, documentis, vel juratis testium depositionibus ostendat, nulla contra hæc reprobatione admittenda. *d. tit. §. 2.* Si suspicio oriatur, dolose quempiam vel principaliter vel accessorie intervenire, ex officio malitiæ juramentum exigendum est. *d. tit. §. 3.*

jungere

jungere. Qualis conjunctio tantum prodest ad jus Rei vel Actoris confirmandum ac adjuvandum, non etiam ad separatam disceptationem introducendam; Sed qualitas & jura partium, quæ litem contestatæ sunt, duntaxat inspiciuntur, ita ut *conjunctus* ille, cujus interest, nihil pro se petere, vel concludere possit; ad quod nova ipsi opus foret instantia; quemadmodum scilicet ab Adjuncto in lite, nihil seorsim peti vel disputari posse, placuit ex facto Supremæ Curiæ *d. XV. Septemb. 1680.*

2. Sequuntur Defensores Necessarii; qui rursus in *absolute* necessarios, & *secundum* quid, distinguuntur. Absolute necessarii sunt, qui ad interveniendum pro alio causamque ejus defendendam se obligarunt, adeoque *præcise* ad hoc adigi & compelli possunt, ut omni die fit ab iis, qui pecuniam aliasque res accipiunt ex causis, de quibus lis metuitur. Secundum quid necessarii sunt, Auctores, contra quos rei damnati habent regressum, ut sunt venditores, in casu quo res vendita ab emptore vindicatur & evincitur, vel debitores qui pignus dedere, si res Creditori pignoratæ ab alio vindicentur; cum in venditores & debitores faba cudatur, hi debent intervenire, atque possessores defendere, si pro se vigilare animumque advertere velint. Quod si venditores, debitores, aliique autores, nolint se primæ liti, qua possessor convenitur, miscere, nusquam in Jure legimus, eos ad hoc posse cogi; tantum hoc traditum est, possessores condemnatos actionem in id quod interest, aut de evictione, in illos habere, quemadmodum ad *tit. de Evictïon.* id exacte probabitur. *Actio vel defensio primum competit possessori*, qui *patitur*, venditorem vel creditorem pro se litem suscipere; habetur in *l. 63. vers. Scientibus. ff. de Re Judic.* Ergo nec cogere Possessor potest Auctorem, (is est, a quo quis rem habet) ut litem, si ipse nolit, pro se suscipiat, adjungere se quo minus Auctor queat, impedire non potest, *d. l. 19. C. de liber. caus.* Uti nec eundem in jus vocare in eum finem, ut pro se interveniat; sed tantum, ut protestetur de effectu denuntiationis, quam emptor aliusve possessor adversus auctorem suum facere debet, ut latius *ad d. tit. de Evictïon.* dicendum erit; Tametsi contrarium, usu non admodum vetusto Fori nostri sit introductum; ut simplices Auctores, qui post eventum litis in id quod interest tenentur, inde statim a principio ad interveniendum primamque defensionem suscipiendam vocentur & condemnentur. Cæterum, quod de Satisdatione Judicatum solvi, a Defensoribus præstanda, dictum est, id de voluntariis defensoribus Leges nostræ prædicant; in necessariis nec ratio Juris, nec usus Fori illam postulat, utique si principalis liti non eximatur, nam si is eximeretur, cautio foret necessaria, vel Reus principalis executioni obnoxius maneret; ut Grœneweg. ad *§. 5. Inst. de Satisdat.*

TIT. IV.

Quod cujusque Universitatis nomine, vel contra eam agatur.

I. Continuatio; quid & II., quotuplex sit Universitas. III. Quo jure utantur universitates. IV. V. An universitas contrahere, & delinquere possit. VI. De Syndicis & actoribus, eorumque potestate.

QVemadmodum singuli per Procuratores in judicio experiuntur, sive Universitates, quæ jure privatorum fere in omnibus utuntur, agunt per syndicos suos, & quidem necessario, cum Universitas per se nullo modo agere possit, *l. 1. §. 1. l. 2. & l. 3. h. tit.* Quid autem sit Universitas, diximus *ad tit. de Rer. divis. n. 7.* quamvis & definitionem paulo exactiorem dederimus *in lib. 2. de jur. civ. c. 8.* nempe, quod Universitas sit, *Multitudo hominum sub certo regimine permissu Summæ potestatis ad utilitatem communem sociata*, quam plenius ibidem exposuimus. Dicitur *Multitudo;* nam ipsum corpus sociatorum est universitas, non forma conjunctionis, ut aliqui arguiantur, *l. 1. h. t.* Numerus varie habet, minimus est trium, *l. 58. de V. S.* potest etiam dici cœtus, corpus, *d. l. 1.* Collegia sunt etiam universitates, at non omnes universitates collegia, *d. l. 1. & l. 85.* HOMINUM, non semper *Civium;* si quidem & advenarum temporariæ universitates dantur, ut mercatorum, studiosorum &c. *certo sub regimine;* his verbis differt universitas ab societatibus, a vicis, & a territoriis, quæ limitibus suis, non regimine certo continentur.

SCHOLIUM.

Stylo Aristotelicorum vicus & pagus *sunt Synonyma. Pagum sub universitate includit Autor*, vide posit 12. *Vicum excludit. Quid igitur vici* nomi-

nomine hic Autor *intelligat, ignoro. Forte hæc & similia de definitione ac divisione universitatis, lucem accipient* ex cap. 8. & 9. de Jure Civitatis, *quæ citat* posu. 15.

RESPONSIO.

Vicum intelligimus cohabitationem domuum sine regimine proprio. Pagum, qui certo regimine continetur, ut inferius.

Permissu summæ potestatis: plerumque immediate, aliquando per Magistratus. Sic autem familia removetur a definitione, quia hæc non eget consensu publico. Ipsa quoque *Civitas* his verbis removetur, quia hæc summam potestatem ipsa constituit, non constituitur ejus permissu. Alioqui verba hujus definitionis, & familiæ & civitati convenirent, imo & exercitui & cohortibus, centuriisque, navibus etiam in belli aut mercandi usum instructis; at hæ multitudines non permissu, verum jussu summæ potestatis, ejusque in ministerium paratæ, ideoque non sunt universitates. Denique corpora, quæ sine venia publica instituuntur, illicita sunt & in criminis notam incidunt, de quibus est *tit. in ff. de corpor. & colleg. Communis commodi ergo;* idque duplici modo *communi*, respectu coeuntium, & publico bono; non valent igitur collegia potandi comessandique gratia instituta, sicut ἑταιρίαι apud Græcos olim, & in Academiis.

2. Dividuntur Universitates, quod vel ex singulis personis, vel ex integris familiis, cum omnibus suis rebus congregentur. Quæ ex solis personis constant, habentur vel ob usus civiles, vel ob sacros. Propter civiles usus instituuntur collegia artium mechanicarum, atque etiam Academiæ, quæ sunt Universitates *Studiorum*, ut primitus vocatæ sunt, nunc *Universitates* simpliciter & per excellentiam vocantur: nam Scholæ & Gymnasia, quæ nullo regimine civili continentur, proprie loquendo Universitates non sunt, quia deficit hoc requisitum, quod in definitione collocavimus; ut tamen si jurisdictio de rebus Studiosorum detur Rectori & Magistris, hoc ad universitatis qualitatem sufficiat, etsi non adsit omnis potestas, quam dat celebris *Auth. Habita. C. Ne fil. pro Patr.*

Universitates, quæ ob sacra colliguntur, sunt Ecclesiæ, non eo sensu, quo Johannes Hus Ecclesiam finiebat, *Universitatem prædestinatorum*, rectissime quidem; sed pro multitudine credentium Deo, quæ certo loco stabilem publiceque permissum religionis cultum exercet, quibus & jurisdictio quædam, sive audientia consistorialis tribuitur; quæ licet a Repub. seorsim consideretur, negari tamen non potest, quin sint membra civitatis. Porro, universitates, quæ familias domosque complectuntur integras, sunt pagi, oppida sive municipia, territoria, Provinciæ, & si quæ sint similes. Atque hujus generis Universitates proprie intelliguntur, quando per Syndicos agitur: cæteræ, quæ non habent Syndicos, per mandatum, aliquem ad agendum constituere possunt, qui tunc Actor dicitur, *l. 2. h. tit.*

3. Jus, quo universitates utuntur, est idem quod habent privati, modo sint permissæ; nam illicitæ non utuntur jure publico. Hinc Ecclesiæ prohibitæ non capiunt hereditates aut legata, nec quidem si quid emerint, conduxerint, aliterve contraxerint, audiuntur. Quid si publice tolerentur, ut apud nos Anabaptistæ & Arminiani? Tales in his, sine quibus consistere non possunt, jure frui debent, quamdiu publice durat conniventia: & sic apud nos servatur; Legata non percipiunt, contrahere ad usus necessarios possunt. dix. *lib 3. de Jur. civit. c. 8. & 9.* Scilicet & contrahere & delinquere possunt universitates, *l. 7. §. 8. h. l. 9. §. 1. ff. Quod met. c. l. 15. §. 2. Quod vi aut clam.* qua de re plura sequuntur.

4. Ex eo, quod Universitas agere potest, sequitur, eam quasi jus personæ habere, proinde obligari posse non modo ex conventione, sed etiam ex delicto, *d. l. 7. §. 1. h. t. l. 27. de reb. cred. l. 9. §. 1. Quod met. caus. Authent. Nulla communitas C. de Episc. & cler.* Ipsa, inquam, universitas est persona, ideoque singula universitatis membra de contractu vel delicto universitatis non tenentur; utique non quatenus sunt singuli; verum ut concurrunt ad unum corpus cum aliis constituendum: sic etiam pro sua parte tenentur, modo causa obligationis in contractu sit, ut Universitas inde valide obligetur. Ut autem hoc fiat, alterutrum necesse fuerit, vel ut omnes & singuli universitatis consortes voluntatem suam declaraverint, vel ut universitas quibusdam jus plenum & absolutum dederit, de omnibus rebus maximis & minimis libere statuendi, perinde ac si ipsa & tota universitas consuluisset; ita ut istæ personæ vel istud collegium totam universitatem repræsentent, quod in patrimonialibus suo quidem arbitratu singula collegia facere possunt. Sed quatenus universitates sunt membra Reipublicæ subordinata, verum est, ejusmodi universitatem vel collegium repræsentans in universitate, quæ

te, quæ ita est subjecta superiori, ut ipsa non exerceat jura summæ potestatis, constitui non potest: quia tales civitates non possunt modum & finem potestatis concedere suis Rectoribus, sed hæc quicquid habent juris, id accipiunt ab eo, penes quem est summa Potestas; Proinde qui id genus universitatibus præsunt, non repræsentant populum Universitatis, sed potestatem summam, cui parent; hinc Municipia non possunt a suis Rectoribus obligari ultra, quam ipsis a Summa potestate concessum fuerit; consequenter, cum ipsis bona municipii communia sint commissa, videntur & hactenus contrahere posse; modo servent, quod regulæ juris communis in ejusmodi contractibus servari jubent; Verum civitates, quæ habent Regalia, possunt habere personas ipsum populum perfecte repræsentantes, per quas idcirco populus, etiam ex contractu potest obligari.

5. Quod attinet ad delicta, cum in illis requiratur dolus proprius, qui non cadit in universitatem, *l. 15. §. 1. D. de dol. mal.* sequitur, eam ita non posse delinquere, ut singuli ex eo teneantur; Proinde pœna singulatim infligi non potest, nisi constet, quis delicti vere particeps fuerit: Unde sequitur, si omnes facinus participaverint, ex rigore juris omnes posse puniri; licet æquitas temperamentum postulet. Ita Deus totas urbes & nationes ob peccata, quibus se inquinaverant, proscripsit atque delevit, *Deuteron. 13, 12. & seq.* alias vel decimatio aut sortitio instituitur, quæ fuit disciplina militiæ Romanæ; vel Duces & antesignani puniuntur: Universitati tamen qua tali, recte pœna imponitur, etsi de auctoribus delicti non constet, quemadmodum in seditionibus urbes sæpe privilegiis & ornamentis suis privatas legimus. Alioqui notissimum in Historia institutum est puniendi universitates ita, ut *pœna paucos* affligat, metus *ad omnes* perveniat. Raro fit, ab æquis rerum Arbitris, quod Minerva apud Homerum *Iliad. o.* de Jove ob factum Martis irato denuntiat:

Μάρψει δὲ ἑξείης, ὅς᾽ αἴτιος ὅς τε καὶ οὐκί.

Sontes insontesque manet promiscua pœna.

vide Bod. *3. de Repub. cap. 7.* Hotom. *quæstione illustri 42.* Anton. Matthæ. *Comment. de crimin. pag. 892. & seq.* vid. omnino Morniac. *ad pr. h. t.*

6. Cæterum, Syndicus universitatis is est, quem aut lex ad hoc munus vocat, aut cui, lege cessante, dedit hoc jus ordo civitatis, qui ex more illic ejus rei potestatem obtinet, *l. 3. h. t.* Apud nos alicubi Consules soli, in quibusdam locis tribuni plebis aut decuriones, qui dicuntur, una cum consulibus, tales constituunt; conventus ordinis debet esse legitime convocatus, ‡ ita ut ne pauciores quam duæ partes adsint, & tunc, quem major pars vocaverit, is est Syndicus, *d. l. 3. & l. 19. D. ad municip. l. 45. C. de decur.* In suffragiis notandum, quod pater filio sua voce hunc honorem decernere possit, *l. 5. h. t.* Creatus Syndicus easdem officii partes habet implendas, quæ procuratori in causa privata incumbunt, *l. 1. §. ult. & l. 3. §. ult. h. t.* de rato cavere non solent, nisi cum dubitatur, an sit actor, vel Syndicus, *l. 6. §. ult. h.*

SCHOLIUM.

Si nimirum instrumentum defectu aliquo laboret; at si nullum mandatum habeat, non admittitur ad cautionem, Schilter. th. 53. 54. 55. Conf. Schütz. h. t. p. 55. O.

N. ADDIT.

Nec illud tamen Scholium alterum de nihilo erat, quod Autor omisit, quod videlicet ad assertionem Autoris de eodem officio Syndici ac Procuratoris, notaveram ex Schiltero d. l. th. 50. & 52. *quod singuli Syndici præsumantur esse in solidum.* ‡‡

TIT. V.

De Negotiis gestis.

I. Continuatio, & remissio ad Institutiones. II. Qui possint negotia gerere. III. Differentia hujus actionis. IV. Casus, quibus cessat hæc actio. V. An & de ratihabitione detur.

Hic titulus superiori cohæret, affinitate, quam habet negotiorum gestor cum procuratoribus, licet alioqui Negotiorum gestor ab ordine judiciorum sit alienissimus. Nempe, quod Pro-

‡ Quod ita factum esse, in ipso Syndicatus instrumento exprimatur, quod alias renunciatione beneficiorum excussionis & divisionis non indiget, subsistitque, licet constituentes omnes mortui sint, aut bona ad alios penitus possessores pervenerint. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 7. §. 1.*

‡‡ Quæ Procuratorum & Syndicorum differentia, novissimo jure cessare videtur per *O. P. S. E. I. & E. Tit. 7. §. 3.* conf. quoad Syndici officium aliam observationem *Tit. 1. §. 1.*

curator ad litem & ad negotia differt, hoc etiam distat Defensor & negotiorum Gestor; ille videlicet in litibus alienis, hic in negotiis occupatur extrajudicialibus. Uterque amicitiæ causa; cujus specimen inprimis Negotiorum Gestio, qua quis absentis amici negotia sponte gerenda suscipit, præbet. Eurip. Andromach.

Τῶν γὰρ ἐκδήμων φίλων
Δεῖ τὰς κατ' οἶκον ὄντας ἐκπονεῖν τύχας.
Absentem amicum ne tueri negligas.

Quid porro sit negotiorum gestor, & quales inde nascantur actiones, diximus *ad §. 1. Inst. de quasi-contr.* Vid. *Part. 1. lib. 3. Tit. 28. n. 2.* Est autem Prætoria hæc Actio, ut non modo ex *l. 3.* sed etiam ex *l. 1. in pr. h. t.* ubi; *Hoc Edictum necessarium est.* intelligitur. Nec enim quod ex *quasi*-contractu est, id civilem arguit auctoritatem, nihilo magis, quàm quasi-delicta, quæ Prætoria pleraque sunt. Dissent. *Bokelm. h.* & alii. Enim vero mandatum facit discrimen Procuratoris a negotiorum gestore. Sed in negotiorum gestione dominus semper est absens, non utique a loco, ubi res geritur, sed a negotio, cui si præsens interfuerit, nec contradixerit, mandasse intelligitur, *l. 18. l. 40. & l. 53. D. mand.*

2. Cæterum, extra judicium, ut hic, Negotia quoque fœminæ gerere possunt, *l. 3. §. 1. & l. 31. h. tit.* etiam servi, *l. 17. l. 18. & l. 19. in princ. h. t.* pupillus proprie non potest gerere, ex ratione *l. 46. ff. de O. & A.* quia non potest obligari *ex facto suo*, quale est negotii gestio. Attamen si gesserit, tenetur qua locupletior est factus, sicut & ipse procul dubio tenetur ei, qui res ipsius gesserit; ita intelligimus *l. 3. §. 4. h. t.* ut non opus sit emendatione Cujacii, quam habet Gothofredus ad *d. l. 3. §. 4.* de qua D. Wissenbach. *ad h. t. a pr.*

3. Dantur casus, quibus cessat hæc actio. I. Si quis invito & prohibente domino gesserit, etsi utiliter, *l. ult. C. h. t. l. 27. §. 25. ff. ad L. Aquil.* ubi & ratio; *quia donasse videtur.* II. Si quis lucri sui causa res alienas gesserit, quo casu dominus tantum tenetur, quatenus est locupletior, ipse gestor in solidum, *l. 6. §. 3. h. t.* III. Si quis pro alio fecerit impensas, ad quas tenebatur, *l. 5. & l. 13. C. h. t.* IV. Si quis non animo repetendi sed donandi, vel ex pio affectu gesserit, is postea diversum animum induere non potest; huc pertinet casus, si mater aut vitricus, aluerit filium vel privignum, *l. 11. & l. 15. C. h. t.* si filius pro patre solverit, *l. 10.* si maritus pro uxore ægrota, *l. 13. C. eodem.*

4. Distinguitur actio non modo in directam & contrariam, de qua *ad h. t. Inst.* sed etiam in directam & utilem: ut hæc sit, cum verba Edicti deficiunt, velut de his, quæ post mortem domini gesta sunt; cum in edicto sit, *cum moritur, l. 1. §. 6. h.* Curator etiam de singulis rebus utili negotiorum gestorum actione tenetur, *l. 17. C. h. t.*

5. Quæritur, an hæc actio locum habeat, si negotium ad initio ignorante domino gestum, deinde ab eo ratum habeatur? Aff. in *l. 6. §. 9. & 10. & in l. 9. h. t.* item in *l. 80. §. 5. de Furt.* Plerique tamen contra statuunt, propter *Legem 60. de R. J.* quæ hanc regulam tradit, Ratihabitio mandato comparatur; item, Ratihabitio retrotrahitur ad initium cujusque actus, *l. 56. D. de jud. l. 16. §. 1. de pignor.* Interpretes varie distinguunt, *vide* Pac. *l. 2. antinom. cap. 51.* Bronch. *lib. 2. enant. c. 47. & seq.* Bachov. *ad Wesenb. h.* Fuit, quum putarem, ratihabitionem mandato comparari, quod ad vim & effectum obligationis attinet, non etiam quod ad genus & nomen *actionis.* Sed mandati actionem ex ratihabitione dari, expresse ait *d. l. 60.* Mihi non videtur insolens, utramque dari actionem, Negotiorum gestorum, initio; Mandati, eventu inspecto. Quid enim vetat, cum utraque *actio ad eundem finem tendat*, utramque dari electivè, ut actio pro socio & communi dividundo, *in l. 38. §. 1. ff. Pro Soc. &c.?* Aliter D. Wissenb. *ad l. 9. C. h. t.* Responsiones aliæ sunt obscuriores.

TIT. VI.
De Calumniatoribus.

I. Continuatio, & quis Calumniator. II. Actio qualis adversus eum, & cui illa detur. III. An heredi, ac in heredem. IV. Quomodo aliter calumniator teneatur.

MUlti, cum in jus aliquem vocaverunt, improbi calumniatores deprehenduntur. Est autem *Calumniator* in genere, qui falsam litem dolo malo intendit, *l. 1. §. 1. ad Sc. Turp.* Hoc loco est, *qui pecuniam accepit, ut alium improba lite vexaret, l. 1. h. t.* Qui hoc fecit, tenetur in quadruplum cis annum, postea in simplum, *d. pr.* Per pecuniam intellige omne genus compendii, *l. 3. pr.*

l. 3. pr. Daturque actio, sive moverit actionem, sive non; dummodo acceperit ut faceret, vel ne faceret, *l. 3. §. 1.*

2 Actio datur ei, in cujus fraudem data est pecunia, *l. 3. §. ult.* Unde, si ego dederim alicui pecuniam, ne me vexaret, ei qui prius acceperat nummos, ut me vexaret; idem bis mihi tenetur, *d. l. in fin.* Etsi autem sæpe in hac actione non vertatur id quod interest actoris, tamen simplum inest huic quadruplo; proinde mixta hæc est actio, *l. 1. in pr. l. 4. & l. 5. in pr. & §. 1. h. t.* post annum non nisi in simplum dabitur, *d. l. 1. in pr.* Hinc simplo exacto, non in quadruplum, sed in triplum agitur, *d. l. 5. §. 1.* Imo *alterutra Actio sufficit*, habetur illic; Responde, in *d. l. 5. §. 1.* tres proponi actiones, condictionem, in triplum, & in quadruplum actionem. Responsio JCti, *puto sufficere alterutram actionem*, excludit actionem in quadruplum, non etiam in triplum: ad duas se refert, non ad tres propositas actiones. Vide Struv. *exercit. ad Pand. n. 60.*

3. In heredem non dari hanc actionem, nisi quatenus est locupletior, ratio manifesta dictat, quoniam nullæ actiones ex delictis in heredes dantur, *§. 1. Inst. de perp. & temp. act. l. 5. in pr. h. tit.* Sed mirum est, quod heredi non datur, *l. 4. hic*, cum alioqui mixtæ actiones heredibus semper competant. Ratio est, quod hæc similis sit injuriarum actioni & quodammodo ad vindictam tendat, quæ non transit ad heredes, *d. §. 1. Instit. de perp. & temp. act. vers. sed heredibus.* Simplum autem si datum sit heredi a tertio, non præbet rationem ejus quod interest heredi, si vero ipse defunctus dederit pecuniam, heres habet condictionem e turpi causa, *d. l. 4. h. t.*

4. Præter quadruplum, criminaliter quoque extra ordinem puniuntur calumniatores, *l. 8. in fin. hic.* idque cum infamia, *l. 1. de his, qui infam. notantur.* Eadem & gravior apud Athenienses pœna, Demosthene κατὰ Μειδίȣ teste; Ἄτιμος ἔσω καὶ παῖδες καὶ τὰ ἐκείνȣ, *Infamis esto, cum liberis omnibusque suis*, de hoc ipso genere. Olim & L. Remnia inustionem stigmatis patiebantur, notati Litera K. *l. 13. de Test. l. 1. §. 2. ad SCtum Turpill.* quam pœnam sustulit Constantinus, quia facies, inquit, hominis ad similitudinem pulchritudinis cœlestis figurata est, *l. 17. C. de pœn.* ratione minus inepta, quam videtur D. Wissenbachio ad *hunc tit. in fin.*

Ab hoc Edicto diversa est pœna eorum, qui Judici vel Adversario pecuniam corrumpendi causa dederunt. Nam hi litem amittunt, ex constitutione Imperat. *l. 1. §. 4. ff. de Calumniat.* Differunt etiam pœnæ Senatus consulti Turpilliani, & Prævaricationis, & Falsitatum, de quibus *in suis locis.*

LIB. IV.

TIT. I.

De Restitutionibus in integrum.

I. Continuatio. II. Definitio Restitutionis. III. Quo sensu dicatur remedium extraordinarium. IV. Deturne duplex restitutionis judicium, Rescindens & Rescissorium. V. Quis restituat. VI. Quis petat Restit. & ubi. VII. Causæ restitutionis. VIII. Tempus. IX. An transeat in heredes. X. Effectus restitutionis.

SÆpe judicium per in integrum restitutionem prævenitur, rescissa causa, super qua litigandum erat: de qua proinde ante judicia tractatur; Continuationis aliam alii rationem reddunt. Cujacius eam petit ex *l. 1. §. 9. & 10. de Postul.* ubi JCtus ait, eos, qui postulare prohibentur, tantisper esse prohibitos, dum a Senatu vel a Principe fuerint restituti; Unde præbita sit occasio de restitutione in integrum hoc loco agendi, Aliter Pacius & J. Gothofred. *ad h. t.* quem sequitur Struv. *pr. h.*

2. Est nihil aliud RESTITUTIO, quam amissæ causæ redintegratio, *l. 2. C. in quib. causis rest. in integr. necess. non est in fin.* Nescio, an pari sensu redintegrandæ causæ actio dicatur Paulo in *lib. 1. Sent. cap. 72.* ut non actio Petitoris, sed Prætoris sit, idemque cum *actu* significet, quemadmodum legis actio forte sumitur. Magis tamen est, ut metonymice actionem, qua petitur restitutio, Paulus vocaverit restitutionem, ut fieri potest, *l. 1. §. 6.* junct. *§. 4. ff. de dol. mal.* Dicitur autem redintegratio causæ *amissæ*; nam ubi jus adhuc est salvum, nec amissa causa, ibi restitutione opus non est, *l. 16. in pr. ff. de minor. l. 3.* C. de

C. de in integr. rest. min. Denique, redintegratio non frustra dicitur, quia cuncta in pristinum statum utrimque reducuntur, ita ut omnis restitutio sit reciproca, *l. 24. §. 4. ff. de Minor. l. 1. & 2. C. Si advers. transact.*

3. Solet hoc judicium Restitutionis vocari *extraordinarium*, quatenus in subsidium, nec fere nisi deficientibus aliis actionibus, conceditur, *l. 16. in pr. de minor.* Sed usitato sensu, quo extraordinaria dicuntur judicia, in quibus ipsi prætores cognoscebant, hæc non sunt, quia satis constat, in restitutionibus datum fuisse judicem, *l. 14. §. 1. Quod met. c. l. 1. §. 1. ff. de dol. mal. l. 2. §. 1. de cap. min. l. 1. in fin. Ex quib. caus. maj.* excepta restitutione minorum, *l. 24. §. ult. de minor. arg. l. 1. eod.* Vinn. *1. Quæst. 14.*

4. Solent etiam Doctores judicium restitutionis in integrum facere duplex, *Rescindens* & *Rescissorium*. Rescindens vocant, quo petitur rescissio ejus quod gestum est; Rescissorium, quo persequimur rem aut jus nobis restitutum; quod nos ita concedimus usum habere, si quando accidat, ut nihil absit ei, qui petit restitutionem, sed ut dandum ab actione alii adversus eum competente liberari cupiat, ut in *l. 21. §. 5. Quod met. caus.* tunc aperte nihil opus est quam rescindente remedio. Quod si res amissa nobis etiam restituenda sit, cum rescissoria actione rem ipsam petimus, adeoque tum rescissio illa restitutionem continet vel conjunctam habet, *l. 9. §. 7. & 8. l. 14. §. 1. Quod met. c. l. 1. §. 1. & l. 8. pr. & §. 1. de dol.* Quin & aliquando, ubi Prætor solum jus agendi amissum restituit, quædam species duplicis judicii esse potest, ut in *l. 9. §. 4. & l. 21. §. 5. in fin. Quod met. c. §. 5. Inst. de Action. l. 35. de O. & A.* Ex. gr. Est, qui rem suam vi metuque alienavit, non habet in rem actionem; Prætor tamen rescindit alienationem, eique dat in rem actionem, *d. l. 9. §. 4.* non quod primo rescindat alienationem & deinde t in rem actionem, distinctis judiciis; sed actor uno libello petit, ut rescissio fiat & actio in rem admittatur. Forsitan & illa species imposuit Doctoribus antiqui moris imperitis, quod ea, quæ apud Prætorem fiebant & ad judicem pedaneum, duplicis quandam judicii formam præ se ferant. Ex his intelligi potest, quid leges ad hanc rem citatæ velint, *l. 46. §. 3. de Procurat.* ubi; *restitutorium judicium. l. ult. C. Quib. ex caus. maj.* ubi; *in integrum restitutis actio utilis datur.* Item ad *l. 26. §. 7. D. eod. l. 18. C. de postlim. revers. d. l. 9. §. 4. Quod met. c. d. l. 35. de O. & A. §. 5. Inst. de Action.* Vinn. *d. lib. 1. Qu. 10.* Struv. *ad h. t. n. 3.* Hoc igitur tenendum, Actionem, qua petitur restitutio, vel ad solam restitutionem tendere, vel simul ad jus amissum recuperandum, ac ita duplici via procedi, *l. 21. §. ult. Quod met. c.* Priorem vocant judicium Rescindens; posteriorem Rescissorium; nec hactenus male, quod mihi quidem videatur.

SCHOLIUM.

Ex Principiis juris Romani verius est, duplex ejusmodi remedium non dari, per ea, quæ adducit Strauch. Disp. 3. ad 50. decis. n. 23. seqq. *Struv.* d. l. th. 3. *Non obstat* d. l. 21. §. ult. *cujus sensus est, quod Prætor, rescissa scilicet repudiatione, vel det hereditatis petitionem, vel actionem pœnalem quod metus causa, quæ plenior est.* Conf. tit. seq. posit. 9. *Moribus vero duplex remedium est receptum.* Dn. Schilt. th. 7.

RESPONSIO.

Non puto, inquam, duplex remedium Jure Civili esse proditum, ut primo petatur Rescissio, deinde res, quæ abest, ordine continuo. Sed hoc, quod volo & dixi, res ipsa loquitur, tam juri civili quam moribus, non posse non esse consentaneum. Aliquando petit læsus se tantum restitui & actum rescindi; Aliquando rem vel jus amissum pariter sibi restitui. Hoc posterius nemo negat obtinere: Sed & prius sæpissime usu venit. Exemplo sit, quod apud Curiam nostram accidit ante ferias O. S. 1680. Sako Folkerus minor, juxta alios coheredes venditurus prædium, renuntiaverat fideicommisso sibi in id competenti conditionali, in casum, si conditio existeret. Ab hac renunciatione petiit se restitui, & impetravit restitutionem, nihil amplius: hoc erat Judicium Rescindens. Existente conditione, poterit movere judicium Rescissorium, fideicommissi petendi gratia. Manifestum est, ejusmodi usus esse juridicos & legales.

N. ADDIT.

Explicata sic Autoris mente, non amplius inter nos lis est, nec scholio fuisset opus, si prælectiones ad Pandectas eo tempore, quo Scholia scribebam, fuissent publicatæ.

5. Potestas restituendi in integrum, competit cuivis ordinario Magistratui, imo & delegato, *l. ult. C. ubi & apud quem.* videlicet magistratibus populi Romani; Nam restituendi facultas ex iis est, quæ ἀρχικώτερα, id est potestatis cujusdam excellentioris sunt, ideoque non competit Magistratibus municipalibus, *l. 26. §. 1. D. ad municip.* Quare & in Frisia soli Curiæ Supremæ competit

petit hæc poteſtas, ut uſu quoque ſervatur, opinor: civitates enim noſtræ & magiſtratus campeſtres, nihilo plus juris habent, quam municipales apud Romanos: tametſi alias hodie ſcribant, Reſtitutionem ab omnibus fieri poſſe, qui habent jurisdictionem. Sfort. Obb. *part. 1. quæſt. 32. art. 4.* Sic, inquam, in Friſia, ſi Reſtitutio per ſe ſola petatur: ſed quando una cum actione principali inſtituitur, tum recte apud quosvis Magiſtratus petitur; * quomodo accipiendum videtur, quod Sandius hac de re ſcribit, *l. 1. t. 15. def. 1. verſ. Aliquando.* Et ſic velim accipiendum eſſe, quod Wiſſenbachius *ad h. t. th. 3. in fine* ſcribit & auctoritatibus probat, Moribus ſolum Principem, quive Principis vice fungitur, in integrum reſtituendi jus habere: qua cauſa notat eum Thomaſius Schol. *ad poſit. 5. h. t.* Cæterum, id ultro liquet, inferiorem judicem contra id, quod a ſuperiore actum eſt, non poſſe reſtituere; ſed quilibet contra ſuam & anteceſſoris ſententiam poteſt, *l. 16. §. ult. l. 18. & l. 42. de Minor.* Unde ſequitur, contra Principis ſententiam ſolum reſtituere poſſe Principem, *d. l. 18. §. 1.*

6. At ubi petenda reſtitutio? Locus domicilii præſcribitur *in l. 2. C. ubi & apud quem.* de quo vide Bachov. ad *τὰ πρῶτα h. t. ubi & coram quo.* aliis cum domicilio locus rei ſitæ vel rei geſtæ concurrere videtur, Covarruv. *1. variar. reſol. 4. num. 1.* quod utique procedit, ubi actio in rem, vel ex re geſta, reſciſſoria inſtituitur, non ubi reſtitutio ſeorſim petitur, *arg. l. ſ. C. ubi in rem actio.* Schotan. *h.* Struv. *h. n. 4.*

Denique, Reſtitutionem petere poteſt quicunque læſum ſe queritur, ſeu per ſe, ſeu per procuratorem ſpeciali mandato ad hoc inſtructum, *l. 25. §. 1. in fin. & l. 26. de Minor.* Si quis vero generale mandatum de univerſis negotiis gerendis alleget, non debet audiri, quia nominatim mandatum ſit oportet, ut reſtitutio concedatur, *d. l. 25. §. ult.* Quin etſi clauſula ſit adjecta, *ut mandatarius omnia perinde faciat, ac ſi dominus præſens eſſet, etiam in quibus alioqui ſpeciali mandato opus foret*, non ſufficit tamen: Id enim diſertis verbis *l. 25. §. ult.* ſatisfacere non poteſt, accedente inſuper odio reſcindendi, quod valide contractum fuit. Ac ita, nec aliam ob cauſam, rejecta eſt petitio reſtitutionis, ex mandato generali, clauſula tali munito, minoris abſentis in India Orientali, a Suprema Friſiorum Curia, die XX. Junii 1680. in cauſa *Simonis Nicolai Bootſma Q. Q. Actoris, contra Catharinam Johannis.* Agebatur de hereditatis diviſione reſcindenda. Quod autem in *l. 26.* additur, ſi de mandato ſpeciali dubitetur, eum defectum cautione de rato poſſe emendari, in illa ſpecie non habebat uſum; quia nec cautio erat oblata; nec de mandato ſpeciali dubitabatur, ſed non extare manifeſtum erat. Hæc res in iis locis, ubi Juris Romani obſervatio eſt arbitraria, forte non æque placeret usque accurationis.

7. Reſtitutio nunquam, niſi cauſa cognita, decernitur, *l. 3. h. t.* videlicet an juſta ſit cauſa, cujusmodi ſex recenſentur in *l. 1. fin.* cum *l. 2. h.* Metus, Dolus, Minor ætas, Abſentia, Capitis diminutio, & juſtus Error.

SCHOLIUM.

Quas etiam retinuit Carolus Magnus in capitulari. Dn. Schilter th. 4. 5. 6. *ex Jure Longobardorum. Apud nos additur alia cauſa, ſcilicet ſexus fœmineus.* Schilter. th. 9.

Ob haſce cauſas reſtitutio in quibusvis negotiis conceditur, etiam contra Fiſcum, *l. 1. C. ſi adverſ. Fiſc.* contra ſententias, *tit. C. ſi adverſ. rem judic.* Tranſactiones, *l. 1. C. ſi adv. tranſact.* non tamen ob errorem, *ſupr. de Tranſact. n. 7.* etiam adverſus uſucapionem & præſcriptiones, *tit. C. ſi adv. uſuc.* excepta præſcriptione *30. annorum, l. 3. C. de præſcr. 30. ann.* Scilicet ita, ſi res majoris ſit momenti, & digna extraordinario remedio: non ob rem modicam. Unde proverbium, *modicum non curat Prætor*, *l. 4. h.* id eſt, usque ad duos aureos *l. 10. de dol. mal.* cujus tamen moderatio judici permittitur. Ita negatur Reſtitutio, maxime, ſi majori præjudicetur cauſæ, *d. l. 4.* Etiam in hunc finem vel maxime cauſæ cognitio adhibenda, ſint ne vera, quæ proferuntur, an ſecus, *d. l. 3.* Adde Wiſſenb. *th. 4. h.*

* Apud nos magiſtratus etiam brevi manu, ſive præveniendo, reſtitutioni beneficium indulgere poteſt e. g. ſi a Minore fatale probationis non obſervatum fuerit. Conf *Dec. El. 4. verb.* ja die Part gar [illegible] præveniret wer den könne. Ex qua deciſione etiam apparet, noſtro Jure mulierem, quæ terminum probatorium ratione illatorum elabi paſſa eſt, in integrum reſtitui. Nam regulariter mulierem, curatore inſtructam, eodem cum minoribus, circa reſtitutionem in integrum, jure uti, recte negant, Rauchb. *P. 2. qu. 32. n. 88.* Lyncker. *P. 1. dec. 336. & 453.* Carpz. *P. 2. C. 15. def. 33.* Diſſent. Richter. *P. 1. d. 27. num. 23.* Schilt. *Ex. XI. th. 9.* conf. ipſam *Dec. 4. verb.* und dann die Weiber. & Philipp. *ad eand. Obſ. 5. n. 14.*

8. Tempus

8. Tempus restitutionis quod attinet, petendæ hodie est intra quadriennium continuum, *l. ult. C. de temp. in integr. restit.* non modo ad instituendum, sed & absolvendum hoc judicium, quatenus diligentia petitoris fieri potest, *d. l. ult.* & *l. 6. eod.* Et hoc tempus currit minoribus a primo die anni *26.*, *d. l. ult. §. ult.* aut veniæ ætatis judici intimatæ, *l. 5. C. h. t.* nisi plus quadriennio desit huic a 25. annis; hoc enim spatium absolute ei permittitur, *d. l. 5.* Si minor sit miles, tempus restitutionis non currit statim ab anno 26. sed a tempore missionis, *l. 1. l. 3.* & *l. 6. C. de tempor. in int. rest.* Dolo aut metu circumscriptis currit tempus a re gesta, utiliter tamen, id est, ex quo cognoverint, se esse deceptos, verbis *d. l. ult.* *Quadriennium continuum numerari, ex quo annus utilis currebat.* Hunc autem a die scientiæ cœpisse currere, notum, & sæpe dictum est; Ita ut quadriennium continuum non sit initii, sed durationis respectu; quemadmodum de quinquaginta diebus excusandi causa competentibus, *alias* intellectum est. Vid. *Part. I. Lib. I. Tit. 25. n. 13.* Denique absentibus currit tempus, a quo abesse desierint, ut & militibus, *d. l. ult.* Quadriennium non modo ad interponendam, sed etiam ad finiendam restitutionem præscribit Iiup. *d. l. ult.* quod hodie non servari, recte monet Struv. *Ex. 8. th. 64.*

9. Omnium, qui possunt restitui, successores quoque restituuntur, *l. 6. h. t. l. 3. §. 6.* & *l. 18. §. f. de Minor.* regulariter ex persona defunctorum, & pro tempore, quod illis supererat: nisi quod minores insuper ex sua persona restituuntur; ut habeant primo tempus, quod ipsis deest ab ætate legitima; tum adhuc id, quod defuncto supererat, *l. 2. l. 4.* & *l. 5. §. 2. C. de temp. in integr. rest.* Ex eo, quod hoc jus ad heredem transit, sequitur, idem ab eo, cui comparatum est, cedi posse tertio, *l. 24. pr. de Minor. l. 20. §. in fin. de Tut.* & *rat. distrah.* videlicet, non ipsa restitutio, quæ est judicis officium, vel aptitudo ad petendam restitutionem, sed jus implorandi id officium, post causam commissam, quod instar actionis habet, *l. 37. de O.* & *A.* Vid. Mynsing. *4. obs. 18.* & *seq.* Nec tamen inde sequitur, quod hoc judicium sit reale; est personale, hoc est, iis tantum competit, qui causam legibus probatam in sua persona proferre possunt, per *l. un. C. Si in comm. caus. in int. rest. postul.* Vinn. *1. Qu. 11.* An & hoc beneficium detur fidejussoribus, in singulis restitutionum causis rectius videbimus.

Modus, quo fit restitutio, est non modo per Actionem, sed etiam per Exceptionem, *l. 9. §. 3. ff. Quod met. c.* etsi communiter per modum Actionis petatur, necesse tamen id non esse, probavimus *Part. 2. Jurispr. hod. l. 1. tit. 42. num. 3.* An autem huic remedio exceptionis quadriennium quoque præscriptum dicetur? Ita recte, puto, adfirmat Strauchius *differt. ad Jus priv. 27. th. 27.* etsi dissentientes Carpzovium, *l. 6. Resp. 96. n. 1. 2.* Eckolt. *ad tit. de Rest. in int.* laudet Thomas. ad *Strauch. d. loc.* Quando super incidentibus causis in judicio restitutione opus est, ut fit omnie die, libello supplice, non actione petenda est, ne judicium judicio cumuletur; si res dubia sit, ut per libellos expediri nequeat, ita rescribitur *stylo nostro*, fiat *libellus in judicio*, & tum partes summaria lite disputant. Si quis recta adversarium ea de causa in jus vocet, cum expensis *apud nos* repellitur, ut judicatum memini in causa *Claes Takis cum soc. contra Harmen Tjeerdts 16. Martii 1680.* & rursus inter alias partes *15. Jul. insequent.*

10. Effectus restitutionis est, quod, ea pendente, cuncta maneant in statu, *l. un. C. h. t.* In *int. rest. postul. ne quid novi fi.* Wissenbach. *th. 9.* Strauch. 26. 27. Jure Canonico, si pateat, tergiversandi causa peti restitutionem, fieri potest executio sub cautione, judicis arbitrio, *cap. 6. extra de in integr. rest.* quod praxis frequenter servat. Struv. *h. in fin.* Apud nos hactenus, ut si executio jam sit inchoata, per restitutionem impediri nequeat, & si necdum inchoata, suspicio tamen sit, restitutionem peti tergiversando, victori potest concedi executio statim, sub cautione, quam diximus. Sand. *l. 1. tit. 15. def. 3.* Specialiter, quando minor adversus chirographum suum petit restitui, locum habet adjudicatio provisionalis, quam vocant, qua is, qui manum suam agnoscit, pecuniam in judicio deponere cogitur, ab adversario sub cautione tollendam, ut si postea liqueat, minorem esse læsum, pecunia restituatur. Fab. Cod. *ad tit. de restit. postul. defin. 1. n. 7. in not.* Sand. 1. 8. 3. Quia autem restitutio a sententia, non impugnat executionem ejusve modum, sed nova judicii causa est, ideo per modum exceptionis adversus executionem non potest

potest institui, * sed cruda, ut vocant, actione opus est. Sand. *ibid.*

SCHOLIUM.

Aliud Jure Saxonico. Schilter. dicta th. 11.

Tit. II.

Quod metus causa.

I. Quid metus & ratio restitutionis. II. Qualis vis & metus heic esse debeant. III. Quo pacto fiat restitutio. IV. In quantum sit hæc actio. V. Contra quos detur.

PRima restitutionis causa traditur METUS, qui definitur, *Instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatio*, *l. 1. h.* Arist. *l. Eth. 9.* προσδοκία κακῶ. Instans periculum, quod jam adest; Futurum, quod certo expectatur, quatenus moraliter constare potest, ne obstare videatur *l. 9. h. t.* ubi metus *præsens* requiritur; quo scilicet incerti periculi suspicio removeatur, adeo ut, quamvis nemo per vim fundum sit ingressus, si tamen justam paterfamilias causam existimandi habuerit, imminere sibi armatos, ac ita profugerit, justam restitutionis causam habere censeatur, *l. 33. §. 2. de Usucap.* Etsi hæreat in eo D. Wissenbach. *th. 18. h.* Ratio indulgendi restitutionem in integrum obscura non est; necessitas contraria voluntati, ut est in *d. l. 1. Quod met. c.* quod nempe civiliter accipiendum. Nam alioqui certum est, actiones metu initas non esse invitas, ut exposuimus Parte I. *tit. de Except. th. 3.* Textus elegans in *l. 21. §. ult. h. t.* juncta *l. 85. de acquir. hered.* ubi volens & invitus idem in eadem re metu facta dicitur; Sunt enim mixtæ actiones, quæ per metum extorquentur, qua de re pluribus *d. th. 3.* disseruimus, ubi invitum probavimus esse duplex, per vim & per ignorantiam. Per vim, quando externa vis adhibita deliberationem & electionem coacti excludit. Qui autem per metum aliquid eligit facere, hunc non agere invitum: Sed dolo deceptum, agere per *ignorantiam*, ac ita invitum. Obstat, quod Ulpianus in *l. 14. §. in hac Actione h. t. metum habere in se ignorantiam*, respondet. Tu dic, secundum quid, non simpliciter; quatenus, ut Lucan. *lib. 7.*

- - *Sua quisque pericula nescit*
Attonitus majore metu.

Non quod nihil sciat, ut dolo decepti. Potest etiam de vi coactis usurpari, quod Nazianzen. *orat. 3. contr. Jul.* de Christianis vi ad sacrificandum coactis usurpat, Ἡ διάνοια ἐκ ἠκολέθησε, *Mens non est insecuta.* Vi Coacti nolentes *volunt.*

2. Præcipua periculi species intelligitur hic, VIS, quæ est *majoris rei impetus, quem repellere nequivimus*, *l. 2. h.* Sed in genere omnis metus, qui cadit in hominem constantem, facit locum restitutioni, *l. 6. h.* imo in *constantissimum* hominem, ut habet textus, superlativum pro positivo evidenter usurpans, quod etiam civiliter & comparate accipiendum, respectu cujusque hominis, qui se metum ait esse passum; utique enim majorem in viro quam in fœmina, in homine robusto quam in ægro, constantiam desiderabimus. Non igitur metus reverentiæ qui dicitur, de qua tamen vide Wissenbachium ad *h. t. th. 13.* per *l. 22. de Nupt.* nec potentiæ, *l. 6. C. h.* nisi pro argumento metus minisque proposita sit; non timor infamiæ, aut vexationis alicujus, *l. 7. pr. h.* vanus enim est metus ille, cum privatus homo nemini infamiam irrogare queat, & contra vexationes paratum sit magistratus præsidium; ideoque si talis sit vexatio, quæ Magistratuum ope averti nequiverit, dabitur sine dubio restitutio, idemque dic, si infamia cum reali injuria sit conjuncta; qualis a Sexto Tarquinio Lucretiæ intempesta nocte, soli cubanti, proponebatur. *Tace Lucretia*, inquit, *Sextus Tarquinius sum, ferrum in manu est; moriere, si emiseris vocem. Cum mortua jugulatum servum nudum ponam. In servili adulterio necasse dicam*, Livius 1. 58. Quamvis enim, ut Seneca *in Hippol.*

Mens impudicam facere, non casus solet;

Jure tamen metuitur, quod ex improbissimis calumniis adhæret. Neque tamen metus minarum sufficit, nisi præsenti periculo junctæ, *arg. d. l. 7. pr.* aut ab eo proferantur, qui possit & soleat minas exequi, qualem se Jupiter prædicat apud Homerum *Il. o. a pr.*

Ὃν δὲ λάβοιμι,
Ῥίψασκον τεταγὼν ἀπὸ βηλῶ, ὄφρ' ἂν ἵκηται

* Limitat hoc Decisio Electoralis 15, nisi læsio & causa restitutionis, e. g. minorennitas, in continenti intra terminum executivum probetur. §. Es könte und wolte. *j. O. P. S. t. 38.* §. Es wäre denn einer. Philipp. *ad d. Dec. Obs. 1.*

Γῆν ἐλιγηπέλων.

Quemcunque prehendam,
Hunc dabo præcipitem ex alto, raptusque jacebit
Exanimatus humi.

In aliis minæ tam immanes erunt inanes: nisi, inquam, proficiscantur ab homine, de quo constat, ad minas non esse progressurum, nisi executurum. Hoc metu se tueri potuit Metellus Tribunus pl., qui post fugam Pompeji claves sanctioris ærarii aliquandiu ausus est negare Cæsari, armato in urbem ingresso; donec ei victor mortem minaretur, hoc addito; *Et scis, adolescens, hoc mihi factu quam dictu facilius esse*, Plutarch. *in Cæs.* Metus, quem quis sua culpa suoque merito contraxit, non dat locum restitutioni, ut si liberta ingratitudinis rea, metuens *ἀναδύλωσιν* ex Lege, det aliquid patrono, ne in servitutem redigatur, *l. 12. in pr. h. t.* modo patronus ei tamen hunc metum non ostentaverit ejusque interminatione pecuniam expresserit; tunc enim sine dubio daretur restitutio, si liberta eam urgere auderet. Nam ita de fure, de adultero scriptum est, si in flagitio dederint aliquid, aut se obligaverint, ne proderentur, pertinere eos ad hoc Edictum, *l. 7. §. 1. h. t.* licet interim lex Julia furtique pœna adversus eos non dormiant, *l. seq.* nimis enim frequens id in Jure conspicitur, ut actus aliquis illicitus certo respectu juris effectu potiatur, nec tamen sua pœna destituatur, ut eum, qui per vim alterius agrum venandi causa ingreditur, feram facere suam, & teneri injuriarum, dix. *Part. I. Lib. 2. Tit. 1. n. 21.* Qui purpuram alienam suæ vesti adtexit, fit dominus purpuræ, & tenetur pœna furti, *§. 26. I. de A. R. D.* De nostra specie adde Wissenbach. *th. 14.* Denique, metus justus, qualis est bello illatus, restitutionem non præbet: neque possunt eximere se obligationi, qui hosti lytrum, etsi mortem aut vincula metuerint, promisere; secus, si vis jure Gentium illicita fuerit illata, de quib. Grot. *l. 3. c. 4. §. 15. & seq.* Quare quod piratis & latronibus est promissum, licet debeatur, tamen solutum repeti, aut per exceptionem retineri potest. Grot. *l. 2. c. 11. §. 7.* An idem liceat, si jurata sit promissio, inferius in *loco* videbimus.

3. Ex eo, quod restitutionem Prætor pollicetur, satis liquet, id quod aliquoties dictum, vi metuque gesta per se, licet bonæ fidei contractus sit, valere, rescindi vero per aliquod juris remedium, *l. 1. l. 3. pr. l. 25. §. 1. & l. ult. §. 1. h. t.* ut tamen heic etiam locum habeat, quod alias monuimus, verba, *rescindi*, & nullius momenti esse, quandoque sumi abusive. Nam & rescindi dicitur, quod est revera nullum, *l. 5. §. 2. Qui & a quib. manum.* junct. *pr. Inst. Quib. ex caus. manum. non lic.* & quod proprie rescinditur, aliquando nullius momenti esse, loquuntur Leges. Excipitur dotis datio, quæ per metum facta, est ipso jure nulla, *l. 21. §. 3. h. t.* cujus exceptionis rationem reddit Perez. ad *h. t. C. n. 5.* Præterea, matrimonium vi metuque contractum, est ipso jure nullum: Id enim *inter invitos non contrabitur*, *l. 22. D. de Rit. nupt.* Edictum Prætoris ad contractus & commercia pertinet, ad quæ cum Matrimonium non spectet, ut ad *pr. I. de Nupt.* vidimus, restat, ut hoc contra leges factum, sit ipso jure nullum, & per consequentiam dictio dotis eodem modo. Jure Canonico Vis matrimonium adhuc fortius nullum reddit, jurejurando licet firmatum, etsi coactus sua culpa vi faciendæ dederit occasionem, *c. 14. 15. 17. X. de Sponsal.* Præterea *restituendi* verbum docet, aliquid esse debere quod restituatur, adeoque, metum oportet esse illatum; nec enim datur hæc actio ad vim injuriamque puniendam; In eum finem sunt alia juris remedia. Hinc Creditor, qui vim adhibuit debitori suo, ut sibi solveret, hoc edicto non tenetur, *l. 12. in fin. h. t.* tametsi, ne putes eum impune vim inferre, Lege Julia de vi, judicio publico, & condictione ex Lege D. Marci teneatur, illa memorabili in *d. l. 12.*

Remedium autem juris, quo quis se restitui petit, est, ut in loco Restitutionis communi *tit. praced.* diximus, vel *Actio*, vel *Exceptio*: Utraque sive res *perfecta*, sive *imperfecta* sit. Perfecta res vocatur, cum ex. gr. numeratio traditioque secuta est; imperfecta, cum promissio tantum facta. Utroque casu tam actio quam exceptio competit, etsi re perfecta magis actio, re imperfecta potius exceptio conveniat, ut exponitur in *l. 3. §. 9. h.* Extorsisti mihi chirographum, sine pecunia, res imperfecta est; Si inde convenias me, datur mihi exceptio, tamen & actio ad repetendum chirographum. Sed numerata pecunia, datur actio ad repetendum. Exceptio tunc usu non venit, nisi ex alia causa tibi a me petenti opponam exceptionem pecuniæ mihi extortæ, ac ita vi compensationis potiar. Quin imo, licet restitutio rem arguat esse alienatam; si hoc animo tradita sit, potest tamen & in rem actio accommodari, quatenus in libello prævia

petitur

petitur rescissio, rescissaque alienatione, uti res jure dominii deinceps restituatur, ne duplici opus sit judicio, qua de re re diximus *ad praeced. tit. vid.* Wissenb. *h. th. 20.*

4. Actio quod metus causa, est alioqui revera personalis, *§. 31. Inst. de Action.* sed in rem scripta, *l. 9. §. 8. h.* quia non tantum datur adversus eum, qui intulit metum; sed etiam contra possessorem rei metu extortae, *l. 14. §. 2. h. t.* in heredes non possidentes haud aliter haec actio competit, quam si quid ad eos lucri pervenerit e metu, *l. 16. §. ult. l. 17. & l. 19. h. t.* Sufficit autem semel pervenisse, licet consumptum sit, modo res ipsa non interierit: at si alia res pro ejus pretio comparata sit, utique est locupletior, *d. l. 16. & l. 17. h. t.* Ipsa quod metus causa actio, est in quadruplum, cui tamen inest simplum, *§. 25. & §. 27. Inst. de Action.* & haec tota in quadruplum actio competit in possessores, licet innocentes; at non prius quam restitutionem ejus, quod metu extortum est, negaverint, ne durius secum agi querantur, si maleficii expertes in quadruplum conveniantur: simplo, si velint, initio defungi possunt, *l. 14. §. 3.* Continet autem illud simplum etiam fructus omnemque causam *l. 12. in pr. & l. 14. §. 7. h.* & quoniam originalis hujus actionis natura tantum rei persecutoria est, hinc si plures metum fecerint, singuli quidem tenentur in solidum, at unius solutione reliqui liberantur, *l. 14. §. ult. h.* Wissenb. *th. 16.* Caeterum, teneri tertium possessorem, licet emptione dominium rei extortae factum, rem sine ullo pretio reddere, etiam heredi, non est dubium, *l. 23. C. de R. V.* Sed coactus vendere, cum pretium acceperit, pretium emptori reddere debet, *l. 3. C. h. t.* ubi, *reddito a te pretio.* Quonam vero? quod ipse coactus accepit, an quod tertius emptor dedit? Quod minimum est, opinor, quia nec emptor lucrum, nec vim passus damnum pati debet. Aliter D. Wissenbach. *th. 21. h. t.* Denique, si res perierit, is qui metum intulit, nihilominus tenetur, *l. 1. C. h. t. l. 14. §. 11. h. t.* de qua vide Wissenbach. *th. 15.* Tertius possessor innocens ante litem contestatam plane non tenetur, *l. 14. §. 5.* juncta *l. 5. de reb. cred. l. 40. de pet. hered. l. 16. pr. de R. V.* neque post litem contestatam, *dd. ll.* nisi actor probare queat, se rem statim fuisse distracturum, *d. l. 14. §. 11. vers. sed et si non culpa.* junct. *l. 15. §. fin. di R. V.* Quod si res post sententiam inter tempus judicati faciendi, quod est hodie quadrimestre, *l. ult. C. de Usur. rei jud.* casu fortuito perierit, tam bonae quam malae fidei possessor de re ipsa non tenetur, sed tantum in poenam tripli, quia tum de re ipsa nihil ei potest imputari, *l. 14. §. 11. vers. sed et si non culpa.* Struv. ad *h. t. n. 21.*

5. Praeoccupatum est versu praecedente, contra quos detur haec actio. Proinde hoc articulo id solummodo notabimus, quod Hahnius ad *Wesenb. h. n. 7.* Struv. ad *h. tit. in fin.* observant, annum utilem, quo finitur haec in quadruplum actio, *l. 14. §. 1. h.* non esse abolitum per *l. ult. C. de tempor. in integr. restit.* quae tantum de restitutione, non de poena loquitur, secus ac communiter putant. Schotan. *disp. 20. th. 8.* Ego subsisto Nam restitutio ex mente Justiniani sine dubio peti potest cis quadriennium; at haec est natura hujus actionis, ex causa metus, ut si reus non pareat arbitrio judicis, in quadruplum teneatur; quis ausit hanc qualitatem ab actione quod metus causa, qua petitur restitutio, separare? Opponunt illi: Regula, quod praetoriae poenales anno finiantur, in *d. l. ult.* non est abrogata: Concedo de poenalibus, quae directe primoque aditu sunt poenales; sed quae sua natura sunt rei persecutoriae, ex accidenti autem fiunt poenales, ut haec actio, nihil vetat, quo minus in longius spatium temporis producantur. Teneamus igitur, fultis, communem opinionem. Moribus hoc non habere usum, satis ex loco communi constat de actionibus poenalibus.

Tit. III.

De Dolo Malo.

I. Definitio doli a Servio data. II. Alia a Labeone vindicata. III. Divisiones duae examinatae. IV. Tertia divisio in dolum dantem causam & incidentem. V. An ex dolo dante causam dominium traditione praestetur. VI. Quo sensu haec actio sit extraordinaria, & an cum alia actione concurrat. VII. Quibus, & contra quos detur haec actio. VIII. Actionem esse arbitrariam & recipere compensationem. IX. Quamdiu duret, & an quadriennium l. ult. C. de Temp. in int. rest. *huc pertineat.*

SEcunda causa restitutionis est DOLUS, qui cum epitheto MALUS, dicitur *in Rubr. h. t. & pass.* quia veteres dolum etiam bonum dicebant & pro solertia hoc nomen accipiebant, maxime

xime si adversus hostem latronemve quis machinetur, *l. 1. §. 3. h. t.* quomodo Florus *lib. 1. cap. 3.* Horatium *ad virtutem*, ait, *addidisse dolum.* Porro dolus malus aut sumitur late pro omni maligno alterius lædendi consilio; quomodo etiam rapina, cædes, injuriæque palam illatæ, fiunt dolo, *§. 1. Inst. de Vi bon. rapt. l. 7. D. ad L. Cornel. de Sicar. l. 3. §. 1. de injur.* & ejusmodi dolum etiam in se continet metus aperta vi illatus, *l. 14. §. 13. D. Quod met. caus.* aut, ut hoc loco, dolus per astutiam perpetratur; atque Servius eum definivit, teste Ulpiano in *l. 1. §. 2. h. Machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud agitur, aliud simulatur.* Censura Labeonis Ulpiano probata in *d. §. 2.* satis acuta est. Volunt, differentiam a Servio adjectam, non videri specificam. Nam ajunt, potest aliquis circumveniri, sine simulatione, ut cum callidus mango equum mendosum, nihil de vitio adfirmans aut negans, imperito impingit. Altera censuræ pars, quod etiam sine dolo aliud agi, aliud simulari possit, evidentior est, cum multi aliorum bono simulationibus utantur, ut medici, Parentes, ac amici sæpe deserviunt. An recte agant, alia quæstio sit; a dolo malo, juris, absunt procul dubio. Exempla quædam ad *tit. de Postul.* habuimus. Alioqui nihil verius, quam quod Aristoteles vetus dictum laudat *2. Ethic. c. 6.*

Ἐσθλοὶ . . . γὰρ ἁπλῶς, παντοδαπῶς δὲ κακοί.

Pravus agit varie, simpliciterque Bonus.

Nihil divinius Christi dicto: *Simplices ut columbæ, Astuti ut serpentes, Matth. 10.*

2. At censor acutus Labeo, ipse viderit, ne non graviorem incurrat censuram, quando sic ait; *Dolum malum esse, omnem calliditatem, fallaciam, machinationem, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam.* Quæ ut verbosa & otiose exaggerata definitio, parum delectat Hotom. *lib. 1. obs. d. c. 19.* aliosque. Bachovius *ad tit. ff. de dol. c. 1. & in not. Wesenb. h. t. num. 4. definitio*, inquit, *insulsa & inepta; nam ad istum modum etiam licet cumulare synonyma centum.* Tam pueriliter Labeonem ineptiisse? qui Latinarum vocum origines rationesque tam exacte percalluerat, eaque præcipue scientia ad enodandos juris laqueos utebatur, teste Gellio *lib. 13. c. 10.* & tam fatuum fuisse Ulpianum, ut Labeonem prætulerit Servio coacervatis verbis idem inculcantem? Puto inepte eos rideri, adeoque non cumulari hic synonyma, sed has tres verborum copulas distinctos habere sensus; cum non omnes doli species Servii definitione comprehendi Labeo putaret, verba curatissime selegit, quibus per tres quasi gradus omnes doli formas exprimeret. Primus gradus est, *Calliditas*, cui vox respondet *circumveniendi.* Dicitur *callidus*, auctore Tullio, cujus animus usu, ut manus opera, concalluit, cui examussim convenit Græce πανουργία, ab opera & usu multo; & est, ait Stephanus, dexteritas ingenii, ad quidlibet veteratorie agendum, quandoque pro solertia accipitur. Sed plerumque in malam partem, περισσῶς σοφοὶ Græcis, nimis sapientes, de quibus Euripides in *Med.*

Χρὴ δ' οὔποθ', ὅστις ἀρτίφρων πέφυκ' ἀνὴρ,
Παῖδας περισσῶς ἐκδιδάσκεσθαι σοφούς.
Nunquam Viri prudentis Officium fuit,
Sic erudire liberos, ut sint NIMIS.

Hinc *callide* & argute dicere *apud* Cicer. *1. de orat.* Idem *pro Cecin.* Æbutium vocat *peritum juris & callidum.* Item *I. Off. Scientia, quæ est remota ab justitia, calliditas potius quam justitia appellanda est;* videmus calliditatem esse primum justitiæ excessum, virtuti adeo affinem, ut peritiæ & argutiæ jungatur. Ergo calliditas est, dexteritas veteratoria simpliciores *circumveniendi*, & naso, ut loquimur, suspendendi, non aperte nec impudenter, sed occulte & speciose, quod & *circumvenire* eleganter significat. Hic est primus doli mali gradus. Secundum Labeo ponit, *fallaciam*, cui verbum aliud quam *fallendi*, aptare non potuit. *Fallere a fando* dici, Varro docet; proinde *fallacia* est fraus directa verbis & mendacio facta. Tertius gradus *machinatio*, est deceptio per technas, ambages & insidias; per machinas, inquam, qualis equus Trojanus *machina belli, Æn. 2.* Tales servorum in comœdiis machinationes sunt, dominos senes argento emungentium, & illa Pythii Canium ad emendos hortos allicientis, *lib. 4. Off. Cic.* Apostolus μεθοδείας, efficaciter mali genii imposturas, quibus homines captat, eodem sensu vocat. Huic respondet *decipiendi* verbum, quod ex *de & capio* construitur, particula *de* in compositis augente significationem, ut machinationi efficacissime conveniat. Sic puto liquere, non esse hanc tautologiam; sed exactissimo verborum delectu usum Labeonem, ut naturam doli perspicue, plene & proprie exprimeret. Non si nos vulgo has voces confundimus, idem veteribus imputandum. Græcos rectius vidisse, ex Basilicis liquet, qui Labeonis verba distincte reddunt, πανουργία καὶ ἀπάτη

καὶ

καὶ μηχανῆ. non fecissent, si pro synonymis habuissent. Plura vid. in *lib. 3. Digress. c. 25.*

3. Divisiones doli mali ab Interpretibus variæ traduntur non omnes æque probæ. Nam prima in *verum* & *præsumptum*, si bona est, oportet etiam nuptias, dominium, possessionem, pactum, omnesque contractus dividi in veros & præsumptos; & quidem facilius hæ res illud discrimen receperint, quam dolus, de quo tralatitium est, eum non præsumi, sed diserte probandum si allegetur, *l. 18. §. 2. de probat. l. 6. C. de dol. mal.* quod tamen non eo dicitur, quasi dolus nunquam e præsumptionibus colligi possit, quod secus probat Mascard. *de probat. p. 1. conclus. 531.* Menoch. 5. *præsumpt. 3.* attamen difficilius præsumitur dolus, quam res aliæ, quia bonitas facilius quam malitia civibus inesse credi debet, juxta vulgatum illud, quisque præsumitur esse bonus, quamdiu non probetur esse malus. Hæc igitur divisio non est, sed attributum generale cunctarum pene rerum, quæ in jure civili sunt proditæ. Alia divisio doli est in *Realem* atque *Personalem.* Schotan. *exam. h. t.* & hæc quidem partitio, seu distinctio, fere totidem verbis traditur in *l. 36. ff. de V. O.* ubi primo *per machinationem obligatus;* dein, *etsi nullus dolus intervenit stipulantis, sed res ipsa in se dolum habet.* At ex eo, quod sequitur, satis liquet, JCtum hanc quoque postremam doli speciem intelligere personalem; quando ait, *cum enim quis petat ex ea stipulatione, hoc ipso facit dolo quod petit.* Scilicet, qui nimis enormem in contractu inæqualitatem mordicus urget, is hoc ipso dolum personalem committit, quia licet initio lædendi consilium non adfuerit, tamen ex post facto res ipsa doli illum arguit; nec alio sensu dolum realem interpretamur in specie *l. 2. C. de rescind. vend.* Nam qui læsum ultra duplum, licet sine machinatione sua, cogere vult ad implendum contractum, is in eo quoque doli expers haberi non potest. Res eo redit, ut nec hæc quidem divisio proprie dicta esse videatur.

4. Tertia tandem stabit; qua Dolus esse fertur vel *dans causam* contractui, vel *incidens.* Dans causam vocatur, quo aliquis de contrahendo non cogitans ad contrahendum impulsus est, *l. 7. pr. h. t. l. 16. §. 1. de minor. l. 3. §. ult. Pro soc.* Incidentem dicunt, quando qui contrahere cupiebat, hactenus est deceptus, ut deterius contraheret, *l. 11. §. 5. ff. de Action. empt.* de priore specie sunt textus Juris, qui dicunt, eum contractus bonæ fidei, de quibus agunt, reddere nullos, *d. l. 7. l. 16. & l. 3.* cum alioqui dolus restitutionem præbeat, ut in *l. 1. §. 1. & tot. tit. ff. & C. de dol. mal. & l. 5. C. de rescind. vend.* Proinde, qui & alibi locorum textus occurrunt, remedium actionis exceptionisve ei, qui dolo deceptus est, pollicentes, de speciebus incidentis doli necessario intelligendi sunt, *d. l. 11. §. 5. l. 13. §. 4. 5. & 7. ff. de action. empt. l. 12. §. 1. de jur. dot. l. 3. C. comm. utr. jud. l. 9. §. 1. h. t.* Cum autem modo producti textus, quibus nullitas indicabatur, de bonæ fidei contractibus loquantur, consentaneum est, de strictis idem non esse affirmandum; & id liquet ex *l. 22. & l. 36. D. de V. O.* Nam etsi ab illis dolum quoque sine dubio abesse oporteat, *l. 4. C. de O. & A.* tamen inimicior est dolus bonæ fidei contractibus, *dd. ll.* Denique, oppositio specifica bonæ fidei & juris stricti actionum, vult, uti quod de illis prædicatur, de his negetur, Cujac. 17. *observ. 27.* Cæterum, causam dantem dolum intelligimus respectu alterius contrahentium, non tertii, ideoque & ei, qui mecum tractavit, obligor, etsi alius me deceperit, ipse modo symbolam non contulerit, & Tertius ille tenebitur, Zœs. *h. n. 11.* Struv. *n. 29.* Potest igitur qui dolo dante causam captus est, ita se gerere, velut in contractu, qui ipso jure nullus est; ut tamen, si velit stare contractu, & tantum in id quod interest ratione doli agere, sit ei liberum; Id enim generaliter verum, cessare nullitatem, si velit is, cujus favore sancita est. Zœs. *h. n. 9.* Struv. *n. 28.*

5. Majus dubium est ratione dominii, quod aliqui volunt e contractu per dolum nullo, transferri, ut Bachov. affirmat *tract. ad τὰ πρῶτα ff. h. tit.* Vinn. *sel. quæst. c. 12. in fin.* Struv. *ad h. tit. n. 20.* Negant Wesenb. *ad h. tit.* & Wissenbach. *ad h. t. th. 34.* Ni per textus legum fit, vereor, ut ratio juris cogat, ei quod nullum, quod nihil est, τῷ μὴ ὄντι, tam notabilem effectum tribuere, qualis est dominii translatio. Utuntur Viri Cl. *l. 10. C. de rescind. vend.* sed illic agitur de incidente dolo, quia dicitur *restitutio dari,* quam de contractu nullo non competere, certum & superius dictum est. Alter est *l. 7. pr. h. t.* ubi servus est manumissus, qui venditus erat in specie doli causam dantis, quod fieri non posset, si dominium ejus non fuisset translatum, *l. 2. C. Si advers. libert.* sed non fuit ibi dolus vere causam dans, quia emptor non deceperat servum, sed ipse, videlicet servus, ut patet e verbis JCti *d. l. 7. in*

pr. ubi *consilio servi circumscriptus*, & mox, *carere dolo emptorem.* Tu dices, cur igitur citasti *d. l. 7.* ad probandum, quod dolus dans causam faciat nullitatem? quia sic, ait JCtus, *carere dolo emptorem ..... aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est;* Si non careat dolo emptor, venditio nulla est, inquit. Species legis non est de dolo emptoris, sed JCtus tamen hanc positionem collocat; ex dolo ejus dante causam oriri nullitatem. Ita convenientius arbitramur, contractibus ex hac causa nullis eum effectum non adscribere, quem volunt Viri summæ alioqui auctoritatis. Est & aliud argumentum, quod tamen nec validius videtur; Voluntas transferendi dominium, ait D. Struvius, ex justa, id est, jure probata causa, quamvis putativa & erronea fuerit, ad dominium transferendum sufficit, *l. 3. §. 8. ff. de condict. caus. dat. tot. tit. de condict. indeb.* Hoc scil. ita se habet in solutione per errorem solventis facta; nusquam enim dicitur, ejusmodi solutionem esse ipso jure nullam; secus utique est in iis, quibus dolus malus causam dedit. Sed jam qualis actio datur ob dolum incidentem? Qui in bonæ fidei contractum incidit, is actionem ex eodem contractu infirmat, ad effectum restitutionis, *d. l. 7. pr. §. 3. l. 9. in pr. l. 13. §. 3. & 4. ff. de Action. empt.* aut si dolum passus conveniatur, exceptione doli se tuetur, *l. 21. ff. sol. matrim. l. 84. ff. de Legat. 1.* In strictis dolus incidens actionem ex eodem contractu dare non potest, quia strictorum natura nihilo plus capit quam quod in iis est, extrinsecus nihil admittit, *d. l. 7. §. 3. in fin. h. t.* Verum, si deceptus impleverit contractum, actione doli experiundum; si res adhuc integra sit, exceptio doli competit, *l. 36. ff. de V. O. l. 5. C. de inutil. stipul.*

6. Scilicet, actio de dolo datur ei, qui fraudulenter est deceptus, adversus decipientem, ad damni illati restitutionem; & est *extraordinaria*, non modo sensu generali, quo omnis in integrum restitutio est remedium extraordinarium; sed proprio sensu, quatenus haud aliter datur, quam si alia deficiat actio, *l. 1. §. 4. h. t.* Olim magis adhuc & peculiariter hæc actio erat extraordinaria, quatenus non dabatur, nisi certis casibus, scil. in bonæ fidei judiciis, aut si minor XXV. annis, ex L. Lætoria, circumscriptus erat. Denique, in tutela ex L. XII. Tabb. Cujac. in *l. 1. h. t.* Brisson. *3. select. antiqu. cap. 2.* Hinc Cicero *lib. 3. Off.* cum Pythii & Cannii historiam, de qua superius, narrasset: *Stomachari*, inquit, *Cannius; sed quid faceret? Nondum enim Aquilius Collega meus* (in arugurat︎u) & *familiaris pertulerat de dolo malo formulas.* Opera igitur Aquilii factum est, ut adversus dolum quemlibet, restitutionem petere liceat. At inprimis hodie, inquam, manet illa, quam diximus, ratio extraordinariæ nomenclationis, quod de dolo non agatur, nisi cum alia actio non est, *quoniam famosa actio non temere debuit a Prætore decerni, si sit civilis vel honoraria, qua possit experiri, d. §. 4.* Ex his verbis colligitur, actionem de dolo posse concurrere cum alia actione criminali; sicut, ubi de suppresso testamento agitur, & actione de dolo & ex L. Cornelia de Falsis, *l. 9. §. 2. h. t.* utique si criminalis famosa sit; imo cum alia qualibet famosa dari concursum actionis de dolo, satis indicat αἰτιολογία JCti, quo pertinet exemplum Mandati, cujus cum famosum sit ex dolo judicium, *l. 1. de his, qui infam. not.* nihil vetat, quo minus & doli actionem in sua specie admittat, *l. 59. §. 1. Mand. l. 1. C. h. t.* Denique, nec hoc dubium habet, quin si alia sit inefficax actio propter inopiam debitoris, liceat de dolo experiri, *l. 5. & l. 7. in pr. h. t.* Postremo, si qua detur quidem, sed cum dubitatione, forte num conveniat, jus non refragatur, quo minus de dolo experiri liceat, *d. l. 7. §. 3. h.* Una in propinquo sita est exceptio; nam ecce, quod metus causa actio, certa satis, & efficax, & civilis, nec famosa est, ut diximus, admittit tamen concurrentem doli mali actionem, *in l. 19. §. 3. Quod met. c.* Existimo, hanc actionem ideo non esse famosam, quod in rem scripta sit, deturque & adversus tertium possessorem, qui expers illati metus infamiam non merebatur: at idcirco lex non putavit ipsi metus auctori parcendum, sed hunc & doli actione pulsandum. Aliter respondet D. Wissenbach. ad *h. tit. th. 31.* laudato Cujacio. Rursus, e contractu facio ut des, competit actio præscriptis verbis, *l. 15. ff. de præscr. verb. l. 6. C. de Transact.* & pariter actio de dolo, *l. 5. §. 3. d. t. de præscr. verb.* quæ tamen negat concursum. At ipse textus habet responsum; quando videlicet de dolo competit actio, nulla civilis actio datur, licet alio casu detur, ut alibi videbimus. Fidejussor, qui animal promissum ante rei moram occidit, de dolo tenetur, quoniam reo liberato, consequenter & ipse liber est, habetur in *l. 19. h. t.* Imo ex stipulatu ipse tenetur, *l. 88. ff. de V. O.* sed hæc est utilis actio, æquitate magis quam dictante juris ratione recepta, *l. 32. in fin. de usur.* Aliud; persva-

persvasisti mihi, nullam societatem tibi fuisse cum eo, cui heres sum, & ob id judicio absolvi te passus sum, datur mihi de dolo, *l. 20. §. 1. b.* Atqui pro socio superest actio, quia sententia tantum parit exceptionem rei judicatæ, *§. 5. Inst. de Except.* At vero in *d. l. 20. §. 1.* sententia ipso jure tollit obligationem, quia reus est absolutus non quasi solverit, sed quasi debitor non fuerit, ita respondet D. Wissenbach. ad Inst. *disp. 20. th. 11.* Quid igitur respondebit ad *l. 7. §. 9. eod. tit.* ubi etiam contra absolutum datur actio de dolo, nisi is ultro novum velit recipere judicium? Dixerim potius, ideo de dolo dari, quoniam prior actio fit *inefficax* per exceptionem rei judicatæ, & quidem sententia, volente adversario lata. Aliud; Ususfr. areæ est legatus, in ea ædificium est positum, ususfr. extinguitur, at si proprietarius hoc fecerit, ex testamento vel de dolo tenebitur, *l. 5. §. ult. Quib. mod. ususfr. amitt.* Dic, ex testamento, si ignarus; de dolo, si sciens fecerit; non utroque judicio pariter, nove casu simul. Adhuc; Qui rem alienam vel obligatam oppignoravit, tenetur actione doli, atque etiam pignoratitia contraria, *l. 36. §. 1. de pignor. act.* Resp. Est illa species stellionatus, *l. 3. §. 1. Stellion.* cum quo utpote crimine, nihil mirum est concurrere doli actionem. Vel dic, pignoratitiam & doli actionem diversis dari personis, unam creditori antiquiori, alteram posteriori, cui denuo res obligata est. Committuntur etiam *l. 9. §. 4. b. t.* cum *l. 4. §. ult. de re jud. l. 69. de solut.* In *l. 9. §. 4.* habetur, si servum pignoratum mihi noxæ dederis, & per judicem ita absolutus sis, de dolo teneri te, si apparuerit, eum esse pignori datum. In reliquis duobus locis; eum, qui noxali judicio condemnatus est, si dederit servum fructuarium, judicati adhuc teneri. Hæc non video esse contraria. Si quis ostenderit, respondebimus. Atque hæ sunt objectiones, quas movet D. Wissenbach. *d. th. 31.* & ad quas non respondit. Plures habet Struvius *ad b. tit. num. 36.* de quib. vid. Bachov. ad τὰ πρ. *b. t. cap. 4.* Hic locus omnia non capit. Postremo notandum, si quis aliam habuerit actionem, cujus ipse tempus elabi passus est, aut aliter eam peremit, ei de dolo actionem non surrogari; nisi in hoc ipso, quod sublata est actio, deceptus sit, *l. 1. §. 6. b. t.* eoque pertinere videntur *l. 23. §. ult. & l. sequ. D. Ex quib. caus. maj. l. 14. ff. de Aqua pluv. arc.*

7. Res ipsa loquitur, competere hanc actionem ei, qui deceptus est, adversus decipientem; Sed a parte decipientis requiritur, ut damnum ne sit modicum, *l. 9. §. ult. b.* Definitio *modici* extenditur ad binos aureos in singulis causis, *l. 10. b.* qua de re vide Mynsing. *5. obs. 60.* Etiam bene & signate exprimere debet actor, qua in re circumventus sit, ne in tanto crimine vagetur, *l. 16. b.* Etiam heredibus hæc actio conceditur, *l. 13. in pr. b.* Quod attinet ad decipientem, exprimi oportet ejus, qui fraudem fecit, personam, quod in metu non est necesse, ait *l. 15. §. ult. b.* Ratio est, quia in actione quod metus causa, solummodo agitur ad rem metu extortam a quolibet ejus possessore recuperandam, *l. 14. §. 3. Quod met. c.* At hic agitur non modo ad restitutionem rei, sed etiam pœnam doli; cum autem is ex animi proposito colligatur, non potest, quin personæ mentio fit necessaria. Adversus eos, qui ex dolo sunt locupletiores, actio quidem datur hactenus, etiam contra universitatem, sed ea tum fit sine personæ ulla nota, cum universitatis utique nullus dolus esse queat, *l. 15. pr. §. 1. & 2. b. t.* Etiam pupillus tenetur eodem modo, quatenus est locupletior, tam ex tutoris sui, quam proprio dolo, si proximus est pubertati, *l. 13. §. 1. & l. 15. b. t.* Quin etiam, etsi non sit locupletior, teneri videtur, si proximus pubertati sit, dataque opera evidenter id egerit, ut creditorem damno mulctaret, per *l. 13. §. 1.* cum *l. seq. b.* ubi Paulus addit, si artificiose mentitus sit; tutorem velle ut sibi pecunia detur, eum de dolo teneri, ut recte Cujacius interpretatur, frustra Autumno dissentiente *in Censf. Gall. ad d. l. 14.* qui opponit, Paulum non decidere quæstionem, sed ex ratione quam reddit, *quæ non magnam machinationem exigerent*, satis judicare, pupillum non teneri, quia de dolo actio non nisi ex magna & evidenti calliditate datur, *l. 7. §. ult. eod.* Atqui Ulpianus ait; non agi de dolo, nisi clare liqueat, pupillum habuisse animum fraudandi, idque in re non modica, secundum *l. 9. in fin. eod.* Sed pupillus in specie Pauli, satis aperte fraudare voluit, & satis magna pecuniæ summa fuit; sed facti species talis erat, quæ sine veteratoria astutia pupillo quoque in mentem venire posset. Verba igitur ista non elevant dolum, sed occupant objectionem, quod pupillus fraudis capax non videtur. Non utique, *ait*, pupillus tenetur, sed in negotiis, quæ *non magnam machinationem desiderant.* In aliis non creditur pupillus, etsi proximus pubertati, dolum struere & machinari potuisse.

Mitiga-

Mitigatur quoque propter qualitatem personarum hæc actio, puta, si liberi vel liberti contra parentes&patronos,si vilis& vitiosus homo contra honestum agat, *l. 11. §. 1.* tunc enim actio in factum competit ad indemnitatem, omissa doli mentione, *d. l. 11. in fin.* cum *l. 12.* Præter enim quod indignum id habetur, in plebejo adversus Consularem receptæ auctoritatis, vel luxurioso atque prodigo aut aliter vili, adversus hominem vitæ emendatioris; repugnat etiam præsumtio, quod excellentis dignitatis viri adversus ejusmodi σύρφετα dolo malo quicquam machinari voluerint. Cicero pro Roscio: *Quamobrem etiam atque etiam considera: quis, quem fraudasse dicatur. Roscius Fannium? Quid hoc est? probus improbum, pudens impudentem, perjurum castus, callidum imperitus, liberalis avidum? Incredibile est.* Nec tamen hæc res admodum in foris hodiernis religioni habetur, ut exemplo *ad tit. seq. num. 12.* patebit. Si plures dolo fecerint, omnes tenentur, sed unius solutio reliquos liberat, quia hæc actio authentικῶς est rei persecutoria, *l. 17. in pr. h.*

8. Est autem & hæc actio arbitraria, ita ut restitutio prius imperetur, nisi manifestum sit, restitui non posse: tunc enim statim fit condemnatio in id quod interest; alioqui contumacia non restituentis jurejurando in litem æstimatur, idque secuta condemnatione præstatur, *l. 18. pr. & §. 1. h.* Similiter, cujus dolo factum est, ut tempus huic actioni præfinitum exiret, statim tenetur in id quod interest, *d. l. 18. §. 4.* Si duo dolo malo fecerint invicem, de dolo non agent, ait Marcianus in *l. 36. h. t.* juxta Ovidianum illud ex *l. 3. de Arte am.*

Judice me, fraus est concessa repellere fraude,
Armaque in armatos sumere jura sinunt.

In quam rem citat Morn. ex Zonara *tom. 2. Annalium*, hoc dictum: Οἱ ἀπατήσαντες εἰ ἀντιπατήθησαν, ὐκ ἂν δύναιντο δικαίως ἐγκαλεῖν τοῖς ἀντιπατήσασι. *Deceptores si vicissim decepti sint, non habent quod accusent Re - deceptores.* Imo licet utriusque ratio par sit in agendo, in excipiendo tamen prioris decepti conditio est melior; Si enim is de priore decipientis dolo exceperit, hic de reciproco dolo replicare non potest, quia Reus in pari causa est favorabilior, *l. 4. §. 13. ff. de dol. & met. except.*

9. Denique, præscriptum est huic actioni biennium, cum olim esset annus utilis, *l. ult. C. h. tit.* deinde quadriennium continuum restitutionibus in genere, adeoque & huic speciei datum est, *l. ult. C. de temp. in integr. rest.* D. Wissenb. *th. ult. h.* Alii quadriennium illud ad dolum non pertinere volunt. Struv. *ibid.*

SCHOLIUM.

Quorum sententia & mihi videtur verior. Ad l. *vero* ult. C. de temp. in int. rest. *respondemus, legem generalem non derogare legi speciali. Abrogat enim illa lex saltem generaliter annum utilem olim in materia restitutionis receptum, non ergo biennium ex speciali ratione in causa doli indultum. Et hæc sententia cum moribus Saxonum quoque convenit.* Dn. Schilter. d. l. th. 21.

RESPONSIO.

Mihi sic videtur: Justinianum in d. l. ult. *cum ait, Restitutionibus in integrum loco veteris anni utilis quadriennio præscriptum iri, de cunctis id restitutionibus, ut Rubrica & verba textus indicant, intellectum voluisse; cumque olim annus utilis actioni quoque de dolo fuerit præscriptus, tam idcirco, quam ob generalem locutionem, credo sanctionem* l. ult. *ad hanc quoque doli actionem esse referendam; nec videtur Imperator in universo dicendi genere ad recentiorem illam specialemque diversitatem, qua dein utilis annus in biennium versus erat, respexisse. Sane actionem in factum, qua tenentur, qui ex dolo sunt locupletiores, perpetuam esse, non dubitatur,* l. 28. h. t.

N. ADDIT.

Potest hæc quæstio facile in utramque partem disputari, ejusque decisio dependet a quæstione facti: An Justinianus, dum condebat l. ult. C. de temp. in integr. rest. *sciverit constitutionem Constantini de dolo, quæ extat* l. ult. C. de dolo malo, *vel saltem ejus recordatus fuerit. Nam si scivit, verosimilior erit sententia scholii, cum si voluisset & hanc abrogare, saltem duobus verbis etiam doli mentionem fecisset. Quod si ignoravit, verisimilior erit sententia Autoris. Quamvis autem facile nunc inclinem, quod ignoraverit, & ita in genere quadriennium in omnibus restitutionibus voluerit observari, res ipsa tamen loquitur, quod regulæ systematicæ tum inculcare debuerint compilatoribus Codicis, ut illam legem Constantini omitterent, vel si jam extabat in Codice Justinianeo, eam in formatione Codicis repetitæ prælectionis expungerent. Nunc cum apposuerint, sane ad nihil aliud inservit, quam ad torquendos & excruciandos Juris interpretes.*

TIT. IV.

De Minoribus.

I. Quare minores restituantur. II. An sine Curatoribus obligentur. III. Cujusmodi lesionem esse oporteat, ut restitutio locum habeat. IV. Non esse locum ei in fatalibus damnis. V. Quibus minoribus hoc remedium detur, an & aliis præter ipsos, ut fidejussoribus, prosit. VI. Contra quos detur. VII. In quibus causis detur. VIII. Casus, quibus restitutio cessat ratione causæ, ubi de præscriptione 30. annorum. IX. An bis in eodem negotio. X. Casus restitutionis cessantis, ratione Personali. XI. An juramentum firmet contractus jure invalidos. XII. Reliqui casus personales.

INter omnes constat, fragile esse & infirmum minoris ætatis consilium & multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum, ait fere Ulpianus in *l. 1. pr. h. t.* Hoc lubricum ætatis Prætor Romanus annis finivit quinque supra viginti; nam post hoc tempus compleri virilem vigorem constat, ait idem Ulpianus *d. l. 1. §. 1.* Servius quidem Tullius puerilem ætatem XVII. annis terminaverat, ut testis in ea re est Gellius ex Tuberone *l. 10. Noct. Att. c. 18.* qui & auctor est, eo tempore virili toga indutos ad forensia militiamque habitos fuisse idoneos: imo & ad rerum suarum administrationem, siquidem ab eo tempore sine tutoribus eos egisse, quin & sine Curatoribus extra casum furoris & prodigentiæ, disputavimus *lib. 3. Digress. cap. 15.* Imo & citerius retractum fuisse tempus inchoativæ virilis ætatis, ibidem probavimus: quando non tantum Neroni maturata virilis toga, quo capessendæ Reipubl. habilis videretur, ante annum XIV. ætatis expletum, ut traditur a Tacito *lib. 12. An. c. 41.* sed etiam M. Cicero togam puram atque virilem filio suo vix quindecim annorum dedisse videtur, ut colligere licet ex *epist. 20. & 21. lib. 9. ad Att.* juncta *epist. 2. lib. 1.* Tametsi quoque postea Marcus Cæsar curam magis promiscui juris fecerit; tamen ex sententia Legum Romanarum, adolescentes inviti nunquam accepere Curatores, præterquam ad litem, *§. 2. Inst. de Curat.* ut *d. cap. 15. Digress.* cum *duob. seqq.* copiose approbavimus. Ex his alicui mirum videri posset, quod Prætor eos, qui ad res gerendas apti ab Romanis habebantur, tanto temporis spatio adhuc custodiendos putaverit, ne valide obligarentur. Sed Prætorum vel hac causa maxime comparata fuit autoritas, ut antiqui juris apices ad usum civilis experientiæ flecterent atque mollirent: Sensit idem Prætor, quod Aristoteles *lib. 1. Ethic. c. 2.* ubi adolescentes negat esse idoneos Philosophiæ moralis auditores: utique sane ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον, ut Theophrastus ait in *l. 3. ff. de LL.* Parcant, licet, Interpretes suæ distinctioni inter juvenes τοῖς ἤθεσιν, & juvenes τοῖς ἔτεσιν. Adde modo, quod facile recipiat Aristoteles Theophrasti temperamentum, nec dubito, quin rectissime senserit Philosophus, adolescentes non esse idoneos Philosophiæ, quæ regit mores, auditores: siquidem non scire, sed agere oportet illos, quod τῶν νέων superare captum, res ipsa loquitur. Scivit & Prætor, prudentiam, quæ in rebus agendis requiritur, & calliditatem, ut hoc verbo in partem bonam utar, non prius acquiri, quam animus usu rerum occalluerit. Hodiernis tamen multarum gentium *Moribus*, annis XX. aut uno supra viginti, vigor ille virilis completus videtur, & pro majoribus, qui illos impleverunt, habentur; * quod ex singularum Statutis intelligendum. Pleræque jus civile sequuntur, non sine magna ratione. Nec enim minus hodie verum est, quam olim, quod Ulpianum audivimus inculcantem, idemque de suis ævi hominibus Homerum, Iliad. ψ.

* Ita Saxonum Jure minorennitatem anno 21. finiri, ex Lehn-R. *c. 26.* monitum fuit *ad Inst. pag. 66.* Sunt tamen, qui, hoc non obstante, quadriennium restitutioni in integrum in *l. f. C. de temp. in integr. rest.* definitum, etiam apud nos ab anno demum 25. completo currere existimant, ut quam minime a Jure Romano recedatur, in qua sententia est Berlich. *Dec. 6.* Simon van Leuwen *Censur. For. P. 1. lib. 4. c. 43. n. 12.* Svendendörffer *ad Eckolt. h. t. §. 4. verb. quadriennium.* sed cum tempus hoc regulariter eum ipsa majorennitate currere incipiat, rectius videntur sentire, qui ab an 21. completo usque ad initium an 26. quadriennium hoc in Saxonia currere statuunt, cum Fachsio apud Zobelium *P. 2. diff. 38. num. 14.* Coler *dec. 19. n. 4.* Richter. *V. 1. Cons. 56.* Struv. *S. J. C. Ex. 8. th. 64.* Schilter. *Exerc. XI. th. 27. sq.*

Οἶσθ' οἷαι νέου ἀνδρὸς ὑπερβασίαι τελέθουσι.
Κραιπνότερος μὲν γάρ τε νόος, λεπτὴ δέ τε μῆτις.

id eſt,

Noſti quam juvenes edant errantia facta,
Lubrica mens animi, quam ſit prudentia parva.

Quapropter apud Gallos reſtitutio minorum usque ad annum XXXV. extenditur, ut teſtatur Mornacius de ſui temporis uſu ad *l. 1. h. t.*

2. Hoc inde facilius collegeris, minores, qui ſine Curatoribus agebant, ipſo jure potuiſſe obligari, potuiſſe etiam obligationes exequi & res ſuas alienare, quamdiu recentiores Leges eam facultatem iis non ademerant. Et quidem de alienatione certa res eſt, eam non fuiſſe Minoribus permiſſam, poſtquam a tempore D. Marci receptum eſt, ut Curatores adoleſcentibus etiam citra furorem prodigentiamque darentur, teſte Capitolino in vita Marci Philoſophi; per *l. 3. C. de reſtitut. min.* Obligationem minoribus convenisse, probat *l. 43. ff. de O. & A.* Et ſane qui non habent Curatores, eos obligari poſſe, nemo recuſat. Qui vero curæ ſubjecti ſunt, hos obligationis non eſſe capaces, volunt multi. Secus alii, quibus valide ſuffragatur Modeſtinus *in l. 101. de V. O. Puberes*, ait, *ſine Curatoribus ſuis poſſunt ex ſtipulatu obligari.* Vocula poſſeſſiva *ſuis*, vult omnino puberes illic intelligi, quibus ſit Curator. Vir Cl. *Georgius Cunradus Cruſius*, Anteceſſor Lugduno-Batavus, emendabat textum unius literulæ mutatione, legens *obligare.* Sed primò necdum obtinuerat, doctrinam juris neceſſariam ejusmodi flagitare correctionem editionis Florentinæ. Dein, verbum activum *obligare* neutiquam adeo commode exauditur ſine caſu perſonæ, quæ obligetur, quam paſſivum *obligari.* Dixiſſet, alium obligare, vel ſimile quid JCtus; Hoccene vero monendum erat, puberes etiam ſine curatoribus ſuis alios obligare poſſe? cum etiam pupillis ſine tutoribus ſuis idem liceat? Non ſit veriſimile. Laus tamen ingenioſæ inventionis non invidenda fuit. Videtur & ratio huic ſententiæ, quæ puberibus indiſtincte perſonalem obligationis facultatem adſcribit, favere. Obligatio perſonam obſtringit ad dandum vel faciendum, *c. 3. de O. & A.* Perſona vero puberis curatori non eſt obnoxia, quia rebus, non perſonis datur Curator, *l. 8. C. de Nupt.* Non eſt quidem res mere perſonalis obligatio, nec ad ſtatum perſonæ pertinet, ſed utrumque tamen verum eſt, obligationis vinculum perſonam obſtringere, alienationi obſtare curatorem, quia realis eſt illa. Dein Jure veteri, cum puberes non haberent Curatores, indubitatum eſt, eos fuiſſe obligatos; ubi textus eſt, qui jus novum conſtituat; Lex 3. nihil habet, unde colligi poſſit, jus vetus ſublatum eſſe, novum illic conſtitui; Loquitur ita, ut juris principiis rem tradens convenientem. *Si Curatorem habens minor 25. annis poſt pupillarem ætatem rem vendidiſti*, ait textus; hæc eſt obligatio venditionis, *hunc contractum ſervari non oportet*; hæc verba manifeſte pertinent ad implementum contractus, quod curator impedit. Ideo quæ ſequitur comparatio minoris atque prodigi, non poteſt aliter quam eodem reſpectu intelligi. Denique, nonne & hoc idoneum eſt argumentum? Reſtitutio in integrum ſupponit actum ipſo jure valere, *l. 16. §. 1. h. t.* ſed minores ſine curatoribus ſuis contrahentes etiam reſtituuntur, quia Leges toto hoc tit. generaliter loquuntur, nec ferunt hanc limitationem, quod tantum reſtituantur, ſi cum Curatoribus egerint, quoniam hoc caſu minus iis conſuli neceſſe fuit. Hæc repetenda viſa ſunt & addenda iis, quæ habuimus in *Part. 1. Lib. 3. Tit. 20. num. 5.*

3. Duo concurrant, oportet, ait D. Wiſſenbach. *h. t. th. 2.* ut minor in integrum reſtituatur: ut contractus minoris ipſo jure teneat, & dein, ut lubrico ætatis minor ſit captus, *l. 11. §. 4. h. t.* Hoc omnino, prius non eſt peculiare minorum, ſed commune cunctis reſtitutionum ſpeciebus, ut jam ad *tit. de Reſtitut.* dictum eſt. Hujus igitur loco ſubſtituamus *ætatem*, quam minor ante omnia probare debet, *l. 39. h. t. l. 4. C. eod.* in quo genere facilior eſt probatio per ſcripturam quam per teſtes. Duobus illis probatis, procedit reſtitutio, licet dolus aut metus, aliave nulla cauſa, ſed læſio ſola probetur, *d. l. 5. C. de reſtitut. minor.* Quod ſi is, qui cum minore negotium geſſit, ipſe contendat, adoleſcentem eſſe locupletiorem factum, non læſum, hoc ipſi utique probandum incumbit, *l. 1. C. Si adverſ. credit.* Cæterum, læſus dicitur minor, quoties lubrico ætatis, ut dictum, circumventus eſt: nec tantum, ſi Patrimonium ejus ſit diminutum; ſed quotiescunque minoris interfuerit, ita non fuiſſe contractum, ſicut eſt contractum; etſi de bonorum ſubſtantia nihil, inquam, minutum fuerit, veluti ne litibus & ſumptibus vexentur, *l. 6 h. t.* Quin hodie certo jure utimur, ut & in lucro minoribus ſuccur-

succuratur, ait Ulpianus in *l. 7. §. 6. h. t.* quod exemplo illustratur in *l. 7. §. 8.* Res minoris venierunt, dein accessit qui plus liceretur; & quotidie Prætores res restituere dicuntur, ut rursum admittatur licitatio. Sæpe etiam retractat Prætor venditionem eo, quod expediat ipsi, rem retinere; sed in his circumspecte agendum, ne emptores a rebus minorum emendis absterreantur: ut monet JCt. in *d. l. 7. §. 8.*

4. Quod de lubrico ætatis modo diximus, satis indicat, fatalia damna non præbere justam restitutionis causam, ut exemplis declaratur in *l. 11. §. 4. & 5. h. t.* ubi tamen in fine JCtus addit, fieri posse, uti locus sit restitutioni, quando minor imprudenter ejusmodi negotio se implicuit, quod damnis fatalibus erat obnoxium; velut si hereditatem adierit, in qua multæ res erant mortales, vel prædia urbana vetusta, nec ille prospexerit, evenire posse, ut animalia demoriantur, prædia ruant, maxime, si res ejusmodi casibus subjectas in tempore non distraxerit. Eadem observatio transferri potest ad Sortem, qua si rem vel causam minor perdiderit, quæstio est, an restituatur; Nam *sors cadit ut Deus vult*, nihilque magis, ut apparet, fato decernitur; Sed responsio est, in eo temeritatem adolescentis consistere posse, quod rem sorti committendam putaverit; eoque casu non est remota res a facultate restitutionis.

Pro fatali damno habendum etiam, si post emptionem factam pretia rerum mutatione temporum, ut in his 25. annis, enormiter decreverint, neque minor, ob hanc causam post contractum a se initum evenientem impetrabit restitutionem; ut jam antehac a Curia nostra judicatum est adversus minorem, qui emerat domum & jus colonarium prædii Biltani. Facta paulo post venditione agrorum Biltanorum ab Ordd. Frisiæ, pretia domuum & juris colonarii illis adnexi, fere altero tanto deminuta erant; Petebat minor restitutionem ex hac causa; Negata est, quod venditio ab Ordinibus facta pro casu fortuito habenda esset, qui prævideri non potuerat. *In causa Sibrandi Æneæ. in qualit. Actoris, contra Evam Meinardi d. 11. Februar. 1640.* Nauta *decis. XL.*

5. Sequitur ut de personis, QVIBUS restitutio indulgetur, videamus. Et quidem minoribus cunctis sine discrimine morum & ingeniorum, doctis, indoctis, solertibus, simplicibus, quia Prætor in edicto *l. 1. h. t. & passim*, generaliter ac indistincte loquitur. Nec obstat Ulpianus in *l. 11. §. 3. h.* negant, eum restitui, *qui sobrie rem suam administrat*; etiam id addit, *si fato* in damnum inciderit, quod prædiximus. Non negat, imo supponit, eum, si consulte aliquid faciens læsus sit, restitutionem habiturum. Nam etsi adolescentes multi res suas diligenter gerant, peritia tamen judiciique maturitas annis acquiritur; quamlibet sobrii & ad rem attenti, tamen ætatis lubrico decipi possunt: iniquum esset, diligentiam & sobrietatem fraudi illis esse: Tantum vult JCtus, idque res loquitur, in quibus rebus bene sobrieque versati sunt, in iis non esse restituendos. Minoribus licet bene rem suam gerentibus tamen non esse permittendum, res suas administrare, quia sic etiam ætatis lubrico subjecti esse intelliguntur, respondit Ulpianus in *l. 1. §. ult. h. t.* Proinde licet minor annis 25. sit judex, a quo ratione officii, publica exactitudo requiritur, tamen si læsus sit, restitutio non negatur, *l. 41. de recept. arbitr.* ubi, *si temere auditorium receperit.* Proinde nec JCto nec Advocato idem beneficium denegari potest. Decisio disertius explicari non potest, quam fecit Alexander Imperator in *l. 1. C. Qui & advers. quos.* In causa quidem cognoscenda inquiri omnino oportet, num is, qui se minorem annis læsum esse dicit, diligens paterfamilias fuerit; unde præsumptio nascatur, eum non videri lubrico ætatis esse lapsum. Quod si tamen, causa cognita, circumventus deprehendatur, propter hoc solum, quod decurio creatus sit, aliisve publicis actibus edoctum se esse docuerit, a solito auxilio removeri non debet. Non possum existimare, quod aliter sentiant Dd. communiter aliique Interpretes, quos velut dissentientes nominat, sibique opponentes producit D. Wissenbach *ad h. tit. n. 4.* nisi hoc velint, quod Thomasius habet in sequenti *scholio*, quod subjecit *positioni 20.*

SCHOLIUM.

Hoc respectu cessat etiam restitutio, si minor læsus sit in negotio, cujus artem profiteatur; v. gr. mercator in mercatura, Wissenb. th. 24. *Doctor Juris in iis, quæ juris sunt.* Struv. h. t. th. 55. Strauch. d. l. th. 17. *a quibus adeo non dissentit Wissenb.* th. 24.

RESPONSIO.

Bene ita, si de notitia Juris sive artificii in singulis agatur: non si de imprudentia facti & temeritate consilii agatur. Alioqui immanis hæc

 esset

esset restrictio regulæ, quæ maximam ejus partem in usu absorberet.

Sed an minores, qui cum Curatoribus suis res egerunt, etiam restitui possunt? Enimvero non tam facile præsumuntur læsi, quoniam hac causa, qui cum illis agendum quid habent, sæpe solent urgere, ut sibi Curatores petant, ne facile per restitutionem, quod est actum, rescindatur *l. 7. §. 2. h. t.* eademque ratione negantur habere legitimam personam standi in judicio, *l. 2. C. de his, qui legit. person. stand. in jud. non hab.* Si tamen læsi fuerint, causa cognita, restitutio decernitur, *l. ult. de Restitut.* & habent electionem adolescentes, utrum adversus tutorem agere velint actione tutelæ, an restitutonem petere adversus eum, cum quo negotium est gestum, *l. ult. C. Si tut. vel curat. interven.* idque, licet a tutore suum consequi possint, *l. 3. eod. tit.*

Cæterum, quia restitutio in favorem ætatis introducta est, sequitur, eam ALIIS extra minores prodesse non debere, ‡ ne quidem parentibus ipsorum, *l. 3. §. 4. h. t.* Proinde licet filiofamilias minori non negetur hoc beneficium, diligenter tamen animadvertendum est, ne in Patrem utilitas redundet, ut exponitur in *d. §. 4.* utique si jussu Patris contraxerit; nam si absque patris voluntate contravenit aut alienaverit, adhuc restituetur, *l. 27. in pr. eod.* Quod si pecuniam mutuo sumserit jussu patris, ne tum quidem omnino restituitur, *in l. 3. §. 4* licet interesse videatur filii, ne conveniendo patrem ipse peculio exuatur; sed verius & fortius est, quod patris longe magis intersit, *d. §. 4.* Sane Pater heres filii factus, ex iisdem causis restitui potest, ex quibus ipse filius potuisset, *d. l. 3. §. 9.* Multo magis, si quis minorem annis XXV. fecerit procuratorem suum, cavere debet Prætor, ne captum in eo quod gessit, restituat; si quidem ejus beneficii fructus ad mandantem pertineret, *d. l. 23.* unde fit, ut si quis alium defenderit absentem sine mandato, quia tunc ipsemet ultro se rebus alienis ingerit, eoque adversus dominum negotii non haberet actionem de eo, quod male gessit, restitutio illi concedatur *l. 51. in pr. ff. de Procurat.* atque inde tum porro deducitur, minorem annis 25. licet Procurator recte detur, modo sit major annis XVII. *§. 5. Inst. Quib. ex caus. manum. non lic.* non tamen valere pro defensore, *d. l. 51.* ne judicium per restitutionis effugium dein fiat elusorium. Sed minus expeditum est, an & fidejussoribus minorum restitutio prosit? Prodesse, varii textus loquuntur, *l. 15. ff. de Procurat. l. 89. de Acquir. hered. l. 7. §. fin. de Except.* Non prodesse, videtur velle *l. 2. C. de Fidejuss. min. l. 13. in pr. h. t.* Sed hic quidem textus ita loquitur, ut de conciliatione parum sit laborandum: *Si eum scirem minorem,* inquit JCt., *& ei fidem non haberem, tu fidejusseris pro eo, non est æquum, fidejussori in necem meam subveniri;* certe nihil tum foret iniquius. Nempe, si in hoc intercesserit, ut si minor ætatis beneficio uteretur, ipse solveret; nam fidejussor simpliciter datus, sine eo respectu per restitutionem minoris etiam liberatur, *l. 51. in pr. de Procurat. l. 89. de Acquir. hered. l. 2. §. 1. de Admin. Tut.* ratio vult, ut sublata principali obligatione, tollatur & accessoria. Multo magis liberatur fidejussor, si dolus creditoris intervenerit, *d. l. 2.* quo casu ne mandator quidem tenebitur, qui alioqui difficilius liberatur, cum velut suasor & affirmator fuerit, *d. l. 13. pr.* Aliter Bachov. Comm. ad τὰ πρῶτα· *tit de Minor. c. 12.* Wissenbach. *ad h. tit. 1 b. 16.*

6. Denique, CONTRA QVOS detur restitutio, satis per se patet, videlicet adversus eos, qui cum minoribus contraxerunt, eosve circumvenerunt, atque heredes illorum; quibus tamen ipsis vicissim integra causa præstanda est, ne dum minor suum recuperat, ipsi damno mulctentur, *l. 24. §. 4. h. t.* cujus rei exemplum est *in l. 1. C. de transact.* ubi cum minor adversus transactionem esset restitutus, adversario redditur & actio, quam prius intentaverat; Cui rei non obstat id, quod in *l. 27. h. t.* habetur, minore adversus tutorem restituto, quem tutelæ judicio convenerat, non restitui contrarium Tutelæ judicium tutori: Nam Tutela est generale judicium, habens multa capita; Proinde, si pupillus, quod ad unum caput attinet, sit restitutus, ideo tutor in aliis tutelæ articulis non est restituendus; at in eodem capitulo jus suum procul ducio habebit integrum. Emptor autem, qui rem a minore & a majore emit, restituto minore, potest etiam ab altero pretium repetere, partemque rei alteram ipsi restituere, si velit; habet enim electionem, *l. 47. §. 1. h.* Si res individua sit, tum necessario & alteri prodest aut nocet restitutio, *l. un. C. Si in comm. ead. caus.* Cæterum, adversus tertium possessorem rei, super qua læsus est, restitutio non extenditur, *l. 13. §. 1. de minor.* nisi tertius ille sciens, minorem esse læsum, rem acquisiverit, *d. §. 1.* aut minor aliter indemnis haberi nequeat, *d. l. 13. §. ult.* tum tertius,

‡ Nec litis consortibus, nisi in causis individuis. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 9. §. 4. extr.*

tius, re ablata, regressum adversus auctorem suum habet, *l. 15. h. t.* Wissenb. *th. 17.*

7. Succedunt RES, in quibus hoc remedium obtinet. Et quidem res cunctæ veniunt in restitutionem, nisi minor ipso jure tutus sit, quo casu sæpe diximus, non esse locum huic beneficio; quales sunt præscriptiones temporales, *l. ult. C. in quib. caus. restit. necess. non est.* ubi Justinianus generaliter sanxit, ut omnes temporariæ præscriptiones cessarent adversus minores, quod in certis tantum speciebus obtinebat, veluti in præscriptione quinquenni, qua & olim finiebatur querela inofficiosi testamenti *l. 2. C. d. t. in quib. caus.* præscriptione longi temporis, *l. 3. C. Quib. non objic. long. temp. præscr.* Sed adversus usucapionem opus olim erat restitutione, ut apparet ex *l. un. C. Si advers. usuc.* Sunt tamen hodieque præscriptiones aliquæ, in quibus restitutio plane etiam cessat, qualis est præscriptio quinquennii, de qua *in l. 2. D. Ne de statu defunct.* præscriptiones quoque pœnalium judiciorum contra minores valent, quatenus utique in delictis restitutio cessat, *l. 37. in pr. & §. 1. h. t.* denique, spatium biennale vel triennii peragendis judiciis præfixum obtinet indistincte, nec minoribus quidem exceptis,‡ *l. 13. C. de jud.* de quo *ad fin. tit. de Fer.* actum; duntaxat, si tutores curatoresve, qui jura minorum persequi neglexerint, solvendo sint. Nam si ab illis pupilli atque minores indemnitatem adipisci nequeant, adhuc iis subveniendum, *d. l. 13. §. ult. add. l. ult. C. de repud. hered. N. 1. cap. 1. §. 17. Nov. 100. cap. 2.* Porro datur restitutio de rebus etiam firmissimis, & quarum valor alioqui maxime favorabilis est, ut adversus sententiam & rem judicatam, adversus transactionem, divisionem, *tit. C. Si advers. rem judicatam. l. 1. & 2. C. Si advers. fisc.* Contra dotem quoque, ubi mulier supra vires patrimonii sui dotem promiserit, vel omnia bona sua, citra necessitatem magnamve utilitatem dederit in dotem; non si decus & excellentia matrimonii tanta sit, ut dos omnium bonorum haud male collocata videatur, *l. 9. §. 1. h. t.* Cui non obstat *l. 61. de jur. dot. in pr.* ubi constitutio dotis supra vires, ipso jure nulla dicitur. At hoc ideo, quia curator sciens bona mulieris non sufficere, dolo malo dedit ampliorem dotem: Tametsi verum est, majori quoque feminæ succurri ex hac causa, judicio dotis, quod in bonum & æquum concipitur: Quo loco id observandum, posse locum esse restitutioni, *ubi major jure communi tutus esse potest. d. l. 9. §. 1.* junct. *l. 61. de Jur. Dot.* Nonne hoc adversatur ei, quod antea dictum, restitutionem cessare, ubi minor ipso jure tutus est? Non videtur; nam quando major promisit dotem patrimonii vires superantem, tunc ea non est ipso jure nulla, sed rescinditur judicio dotis; Minor rescindit illam dationem beneficio restitutionis; quod non est otiosum, licet majori aliud quoque remedium Lex impertiatur; Nam restitutio certior est & facilius indulgetur; in majore etiam causa læsionis & minor indulgentia erroris admittetur.

8. Caput ultimum superest, videlicet, quibus casibus restitutio cessat, qui vel considerantur ratione *Rei*, de qua agitur, vel respectu *Personæ*. Ad rem pertinent omnium primo modo dictæ præscriptiones, quas etiam contra minores tenere præmonuimus; sed præscriptio longissimi temporis 30. vel 40. annorum adeo generalis est, ut etiam contra minores sine ullo remedio currat, *l. ult. in fin. C. in quib. caus. rest. necess. non est. l. 3. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* ubi tamen contra pupillos ipso jure locum non habere dicitur. Ideoque si contra majorem opponatur præscriptio XXX. annorum, ille potest subtrahere annos pupillaris ætatis, quibus præscriptio currere cœperat. Ut notabili exemplo judicatum est a Curia suprema, anno 1681. Inter chartas Amplissimi Viri Senatoris Glinstra, repertum erat testamentum anno 1678. E quo liquebat, hereditatem matronæ cujusdam nobilis fuisse delatam ad liberos *Issardi a Burmania*, ante 33. annos. Reliquerat ille filiam superstitem quinquagenaria majorem, & nepotes e filio partim majores, partim minores. Prima non potuit admitti, licet justissima ignorantiæ causa, propter expressam sanctionem *d. l. 3.* nec approbata est a Curia sententia Doctorum contraria, de qua ad *tit. Ex quib. caus. maj.* Posteriores admissi sunt, eo quod præscriptio currere cœperat, aut continuaverat, adversus eos in ætate pupillari;

‡ Minores & qui horum jure utuntur in probatione occupati, si intra tertiam dilationem, quæ ipsis extra ordinem conceditur, nondum officio suo funguntur, restitutionis in integrum beneficio non gaudent, facultate conveniendi tutores administratoresve, aut eorum actores advocatosque iis unice relicta. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 20. §. 5.*

quibus annis subtractis, non supererant XXX. præscriptionis. *In causa G. a B. & J. a B. cum soc. contra M. a B. cum soc. ante ferias Paschales 1681.* Si quæ præscriptiones ex jure municipali oriantur, qualis est præscriptio retractus gentilitii, hæ secundum rationem juris civilis censendæ sunt, ut currant adversus minores, salvo restitutionis beneficio. Tulden. *ad d. l. ult. num. 5.*

II. Cessat in delictis Restitutio, quæ in minoribus nihilo magis, quam in majoribus tolerantur, *l. 37. pr. & §. 1. h. t.* nisi forte leviora sint admissa, in quibus imprudentia magis quam malitia, *omissione magis quam commissione*, ut *DD.* volunt, peccatum est; cujusmodi habetur, si mater annis 25. minor non petierit tutores liberis suis, *l. 1. C. Si advers. del.* Si heres minor non vindicacaverit necem defuncti, *l. 6. C. de his, quæ ut indign. l. 1. §. 32. & l. 14. ff. de. Sc. Silan.* Impuberes, qui conscii fuerunt falsæ monetæ, domi suæ causæ, excusantur a pœna, ut tamen tutores, qui neglexere, quid in ædibus pupillorum suorum ageretur, eorum loco mulctentur, *l. 1. vers. impuberes. C. de fals. monet.* Alioqui in maleficiis, ut dictum, non auditur minor restitui petens; non modo, si ipse deliquerit, sed etiam ubi contra delinquentes agit. Ita actionem injuriarum eis annum haud motam repetere non potest, *pr. d. l. 37.* nihilo magis adulterii accusationem, quam intra dies sexag. utiles jure mariti instituere poterat, *ead. l. 37. §. 1.* Denique sic videtur; In levioribus delictis succurri minoribus, non in gravioribus.

SCHOLIUM.

Leviora autem videntur esse, quæ sunt contra jus civile tantum. Et hæc distinctio melior videtur esse, quam si distingvamus inter delicta commissionis & omissionis, Wissenbach. th. 18.

RESPONSIO.

Tutius est, retinere distinctionem leviorum & graviorum. Possunt enim juris civilis prohibitiones ejusmodi esse, ut Reipublicæ ratio ne minoribus quidem ignosci permittat.

III. Inter causas prohibitas est etiam manumissio; nam in favorem libertatis non placuit, eam semel datam revocari, ne quidem si dolo malo seductus sit minor ad eam concedendam, *l. 9. §. ult. h. t. l. 2. C. Si advers. libert.* At quamdiu libertas actu collata non est, res adhuc in integro intelligitur esse, daturque restitutio, *l. 1. d. tit.* Quod si manumissio quidem facta sit, at non vindicta, probatis apud consilium causis, restitutio ne tum quidem obtinet, sed ipso jure datur revocatio libertatis, *l. 3. eod. tit.* Exceptio additur in *l. 10. h. tit.* nisi ex magna causa hoc a Principe fuerit impetratum. Is etiam, qui minorem decepit, tenetur de dolo, vel utili actione in id, quod minoris interfuerit, *l. 11. in pr. h. t.*

IV. Denique, non datur restitutio contra solutionem, cum auctoritate judicis factam, *l. 5. C. de auctor. tut. §. ult. Inst. Quib. alien. lic. vel non.*

9. V. At hoc quoque caput rerum videtur referendum, quod est in *l. 1. & l. 2. C. Si sæpe restit. in integr.* negari restitutionem, quæ *bis* in eodem negotio petitur, ‡ quod recto sensu intelligendum; Nam alioqui sæpe videas evenire, ut in eodem negotio diversæ restitutiones impetrentur, cujus rei exemplum est *in l. 7. §. 9. h. t.* Minor, qui hereditatem repudiavit, vel ab ea se abstinuit, impetrare potest, ut restituatur sibi facultas adeundi, vel se miscendi, eaque restitutione impetrata, denuo restitui potest, ut repudiare vel abstinere liceat, *d. l. 7.* atque ita in una hereditate bis habet restitutionem, *l. 2. §. 10. ff. ad SC. Tertull.* Videlicet in contrarios fines, non ad eundem exitum. Filio tamen non idem libere contra aditionem vel repudiationem a Patre suo factam, ut bis contra eam restituatur, singulari ratione placuisse videtur potius, quam ut jus vetus per eam abrogatum videatur, *l. ult. §. ult. C. de Bon. quæ liber.* Wissenbach. *th. 5. h.*

SCHOLIUM.

Ita respondet Wissenb. d. th. 15. *Mihi vero placet responsio aliorum, quam vid.* ad Strauch. XXVII. 19. p. 417.

RESPONSIO.

Sic habet ibi; Minor contra omissam hereditatem restitutus, iterum auditur contra aditionem, l. 7. §. 9. h. t. At contra aditam heredita-

‡ Ita & Serenissimus Legislator Saxonicus restitutionem in integrum, illis, quibus hoc beneficii in jure datum est, etiam contra fatalia, ita ut non prius sint excutiendi Tutores Curatoresve, etiam contra æque privilegiatos, ulterius equidem concessit, in unoquoque tamen fatali ex una eademque causa non nisi semel. Damna & impensas ex hac mora oriundas, Tutor ferat, arbitrarie, si ita videatur judici, simul puniendus, aut etiam juramento malitiæ constringendus. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 9. §. 4.*

tem

tem semel restitutus, non auditur iterum contra repudiationem. Hactenus Thomasius. *Imo, nec prior positio;* Minor contra omissam hereditatem restitutus, iterum auditur contra aditionem, *in* d. l. ult. *permittitur. Ait enim,* Sin pater hereditatem repudiaverit, infante filio, quam is dein adeundam tradiderit, licentia datur ei, vel Curatoribus ejus, hereditatem adire; nulla & in hac parte licentia, contra priorem suam voluntatem in integrum restitutionem petere. *Proinde vel specialis est hac constitutio, super aditione vel repudiatione per Patrem facta; vel in* d. l. ult. *jus vetus de restitutione bis circa eandem hereditatem in contrarios fines impetranda, mutatum est, ut Cujacius ex sententia Thalelai, Graci interpr.* lib. 45. *βασιλικῶν statuit, referente Wissenbachio* d. th. 5.

N. ADDIT.

Atque huic ultimæ sententiæ Cujacii jam consentire mallem, propter verba ab Autore ex d. l. ult. *hic adducta, junctis verbis præcedentibus,* ne ludibrio leges fiant, *(minori)* sæpius eandem & amplecti & respuere hereditatem cupienti.

Videlicet, si res post minoris repudiationem adhuc sit integra; nam si distractæ res hereditariæ finitaque sint negotia, non audietur minor petens restitutionem a repudiatione, ne ad partam alieno labore pecuniam veniat, ut docet Scævola in *l. 24. §. 2. d. tit.* proinde hic etiam est casus restitutionis cessantis. Quod si adierit minor hereditatem, & rebus bona fide distractis, sentiat, hereditatem non esse solvendo, videtur adhuc posse restitui, ad damnum evitandum, ut probat & judicatum refert Sandius *lib. 1. t. 15. def. 2.* Hoc enim æquitate majore se commendat, quam si repudiata hereditate, bonisque ab alio distractis, minor admitti velit. Tamen id ei permissum volunt a Justiniano, *l. ult. C. de repud. & abstin. hered. in fin.* Duar. *ad tit. C. Si adversf. repud.* Pac. *cent. 3. Antin. Quæst. 3.* Aliter Sandius *d. loc.* qui textum illum de suo herede loquentem ad extraneos non censet producendum; & recte. Hoc autem est singulare in *d. l. ult.* quod suus heres minor, rebus non distractis, supra quadriennium adhuc habet triennium, quo hereditatem repudiatam, ipso jure, sine restitutione, ut videtur, adire potest. Cæterum bis non datur restitutio in eundem finem, inquam; qui semel petiit restitui a repudiatione, atque repulsus est, dein eandem restitutionem non potest repetere; quoniam & hactenus obstat exceptio rei judicatæ. Quæ res tamen non obstat, quo minus adolescens impetratam restitutionem in integrum, postulante adversario, ob pœnitentiam recusare possit; quin dabitur ei exceptio adversus alterum, actione rei judicatæ agentem ad implementum restitutionis, *l. 41. h. t.* Jam id, censeo, non repetimus, restitutionem non competere, quando fatale damnum accidit, vel ejusmodi casus, qui prudentissimum quemque fallere potuisset, quod jam monuimus ex *l. 11. §. 4. & 5. h. t.* Magis id monebimus, quod non omisit Oddus *P. 1. de restit. qu. 60. art. 1.* adversus *matrimonium* non esse restitutionem, quoniam indissolubile est.

10. Sequuntur casus, quibus restitutio propter respectus personales cessat; quos inter primo omnium collocamus, si minor veniam ætatis impetravit, *l. 3. in pr. de minor. l. 1. C. de his, qui veniam impetr.* quæ conceditur majoribus annis viginti maribus, & fœminis biennio citius, cujus discriminis rationem dedimus *lib. 2. Digress. cap. 13.* scilicet si ætatem illam frugalitatemque suam probaverint, *l. 2. pr. & §. 1. d. tit. C.* at tamen post veniam ætatis a donationibus inconsultis adhuc restituuntur, quæ demum confirmantur silentio longi temporis, computandi ab annis 25. completis, *l. ult. C. Si maj. fact. alien. rat. hab.* Quin si res immobilis a minore alienata fuerit, etsi veniam ætatis habeat, nihilo plus hæc alienatio valet, quam si veniam non impetrasset, *d. l. 2. §. 1. in fin. l. 3. C. eod.* Quæri haud inepte potest, numquid ab ipsa ætatis venia impetrata, si minor, æquus sui judex reperiat, eam sibi esse noxiam restitui possit; quod videtur adfirmandum, *arg. l. 1. h. t.* Struv. *ad h. tit. n. 53.* ut tamen ea restitutio non pertineat ad ea, quæ medio tempore ab illo pro majore gesta sint, rescindenda, per *d. l. 1. C. de his, qui ven. æt.* Præterea II. cessat restitutio, si minor se mentitus sit esse majorem, idque fraudulenter, *l. 3. C. Si min. se maj.* secus, si per simplicitatem, *l. 1. eod. tit.* cujus tamen adseveratio rejicitur a primo auditu, si juratus in instrumento majorem se adfirmaverit, *d. l. 3. in fin.* Quod tamen nihil habet commune cum eo, quod (hic III. casus est,) Fridericus Barbarossa dein constituit, secundum *Authent. sacramenta puberum. C. Si adversus vendit.* ubi omne jusjurandum a minoribus præstitum, super contractibus rerum suarum non retractandis, firmum ratumque statuitur, adeoque beneficium restitutionis in integrum excludit; quæ res a disciplina juris antiqui sine dubio aliena est, secundum quam jusjuran-

jurandum non habet majorem vim quam pactum nudum, neque potest sustinere quicquam jure invalidum, nisi quod simplici renuntiatione confirmari queat, per *l. 7. §. 16. ff. de Pact. l. 5. C. de LL.* ut *infra Tit. de Jurejur.* latius videbimus.

11. Quin eandem Friderici constitutionem tamen, de licitis tantum contractibus & jure validis, sed restitutioni obnoxiis, accipiendam esse, monet Duaren. ad *l. 1. C. si advers. vend.* Pacius *ad d. auth.* Perez. *ad d. tit. C.* Secus vero judicant, si contractus sit illicitus, ut si minor curatorem habens rem non perituram alienaverit, sine consensu curatoris, vel prædium sine decreto magistratus vendiderit: At hoc defendi non potest, ait D. Wissenbach. ad *h. tit. n. 23.* Authentica generaliter est concepta, *super contractibus* scil. *quibusvis*, etiam videlicet jure civili invalidis. Addere debebat D. Wissenbachius verba textus, *non retractandis*, quod vocabulum arguit, substitisse contractum inde ab initio; Nam quod nullum est, τὸ μὴ ὄν, non potest *retractari*, ut ipse Præceptor ille noster alias ubique nos docet. Et obstat ei inprimis, quod nimis sit enorme, Fridericum ita intelligere, ut Theodosii constitutionem, qua in *l. 5. C. de LL.* πραγματικῶς tradiderat, jurejurando nihil contra Leges stabiliri posse, abolitam voluerit. At certe, (instat ὁ πάνυ Wissenbachius,) *l. 1. eod. tit. C. Si advers. vendit.* loquitur de prædio a minore vendito, scil. ut innuere vult, sine decreto; *Nam quid opus*, pergit, *juramento confirmari contractum licitum, qui suis viribus substitit?* Ego causam non video, cur prædium in *d. l. 1.* contra juris formam venditum esse præsumam, quod simpliciter venditum dicitur. Instantia a juramento adiecto parum valida est; si quidem & minor & alii quilibet, majoris securitatis ergo, acta contractusque suos jurato sæpe firmant: alioqui statuendum foret, neminem jurare præsumi, nisi in causa turpi aut legibus prohibita. Denique, ait idem Vir summus, Rescripto Principis firmatur contractus jure civili illicitus, *l. 2. D. de reb. cor. qui sub. tut.* quidni & juramento, cujus religio potior & potentior est quovis rescripto Imperatoris? Enimvero hoc novum est, jurisjurandi majorem esse vim quam rescripti, prorsus contra *d. l. 5. C. de LL.* Dividi sane oportet inter obligationem, quæ est inter animum jurantis atque Deum; & efficaciam ejus erga alios, quam legum autoritas juramento adscribit. Contenti simus igitur hac interpretatione, quod Friderici mens fuerit, adolescentes, qui jurati contractus suos inviolabiles fore promiserant, deinceps Prætorium restitutionis beneficium impetrare non possint. Et tamen ne hoc quidem sensu *dicta Authentica* in usum forensem admitti potuit, teste Pinello *Part. 3. l. 2. C. de rescind. vend. cap. 1. n. 10.* Sand. *de prohib. rer. alien. P. 1. cap. 1. n. 47. & sequ.* Prudentissimeque Ordd. Frisiæ *lib. 1. Stat. tit. 7. art. 5.* super contractibus minorum jurejurando firmatis jus dici vetuerunt, utique nihilo magis, quam qui sine juramento celebrati essent, Notariusque prohibetur, super ejusmodi juratis contractibus instrumenta conficere, vel ab ipsis minoribus exigere jusjurandum, sub pœna interdicti officii aliaque arbitraria: ut ita non modo Proceres nostri vim subtrahant juramentis sæpe temerariis, sed etiam ne temeritas committatur, efficiant.

12. Dein VI. est etiam personale restitutionis impedimentum, si minor id, quod gessit, major factus comprobaverit, *l. 3. §. 1. de minor.* quod etiam fecisse intelligitur, si negotium in minori ætate inchoatum major factus absolverit; idque etiam pertinet ad sententiam contra majorem latam, ubi litis contestatio in minori ætate facta erat, utique nisi dolo & calliditate adversarii tractum sit judicium, hoc consilio, ut major factus condemnaretur, *d. l. 3. §. 1.* Enimvero, si minor hereditatem adierit, vel miscuerit se, Ulpianus existimat, eum restitui posse, licet major factus debitores hereditarios exegerit, *d. l. 3. §. 2.* VII. Restitutio cessat adversus Parentes atque patronos, *l. ult. C. Qui & adversus quos in integr. rest. non poss.* quam Thesin a variis objectiunculis liberat D. Wissenbach. *h. t. num. 22.* Præcipua est, quod filius restituitur contra sententiam pro patre adversus se latam, *l. 2. C. si advers. rem Jud.* Sed hoc non lædit reverentiam paterni nominis cum sententia sit factum judicis, non ipsius: Filius igitur in factum in id, quod interest, non ad rescissionem contractus agere debet, *l. 11. §. 1. de dol. mal.* Moribus, hoc parum custodiri videtur, in quam rem citat Schilterum *Ex. 11. th. 23.* Thomasius ad *posit. 24. h. t.* ne apud nos quidem, ubi summa alioqui Juris scripti religio est, exemplo recenti decisionis Curiæ supremæ in hac specie: Pater, civis hujus urbis honestissimus, cum filio non posset rationem reddere bonorum maternorum, nisi per simplicem adseve-

adseverationem, nihil superesse; ab illo acceperat scriptam confessionem, sibi de bonis maternis satisfactum esse, salvis centum ducatonibus, quos Pater ei hoc nomine deberet; Filius deinde in extremis agens testato declaraverat, sibi nunquam constitisse rationem bonorum maternorum; illam confessionem sibi a patre partim esse extortam, partim promissionibus, deinde non servatis, elicitam. Filio mortuo, vidua nomine liberorum probare quidem non poterat factum extorsionis aut doli: sed cum Pater, Mennonita, nollet ad *articulos* jurato respondere, positiones Actricis pro confessis habitæ sunt: Ipsa in integrum restituta, Pater condemnatus est, etsi ne doli quidem mentione fuerat abstentum. Minor etiam non restituitur adversus alium minorem, si is exinde etiam læderetur, *l. 11. §. pen. & ult. h. t.* secus, si alter tantum captus esset, *l. 1. C. Si maj. fact. rat. hab.* Quid si minor crediderit pecuniam filiofamilias, an etiam metuet Macedonianum? Non metuet, quia potentius est beneficium ætatis, quam SCti, *d. l. 11. §. ult.* verum si & ille filiusfam. fuerit minor, tum metuet SCtum, nisi ille filiusfam. minor, sit locupletior ex pecunia mutua, *l. 34. h. t. l. 3. §. 2. D. ad Sc. Maced.* Quid si mulier apud minorem se lejusserit, an hic metuet Sc. Vellejanum? Hactenus reverebitur SCtum, ut prius debitorem principalem conveniat, a quo si non possit suum consequi, tum demum mulier tenebitur, hoc casu non amplius opitulante SCto, *l. 12. h. t.* Ex his omnibus facile apparet, quinam & quando implorare possunt officium judicis, ut, eo implorato, pars adversa vocetur in jus, causaque cognita restitutio indulgeatur, *l. 1. §. 1. l. 13. & l. 24. §. 5. f. h.*

Tit. V.

De Capite minutis.

I. Quo sensu capitis diminutio sit causa restitutionis, & in quibus locum habeat. II. Cur hodie non sit causa restitutionis. III. Emancipationem hodie non esse capitis diminutionem. IV. De aquæ & ignis interdictione, atque deportatione.

Capitis diminutio, de qua dictum *ad Inst.* est causa restitutionis, veteri potius quam novo jure: nam quia filiusfam. emancipari non poterat, quin redactus quasi in servitutem esset, *l. 3. h. t.* quod etiam adoptatis eveniebat, *l. ult. C. de Emancipat.* hinc subtilitas juris forensis Rom. in illa mutatione jura & actiones occidebat, *d. l. 3.* adeo ut Prætoris beneficio actiones essent restituendæ. Quia autem subtilitas hæc mere civilis erat, ideo ad præstationes naturales non pertinebat, *l. 2. §. 1. l. 8. h.* ubi dotis exemplum profertur, in qua sit præstatio naturalis.

SCHOLIUM.

Sed quid per has intelligat Cajus in d. l. 8. *obscurum est, nec per exemplum ibi subjectum satis illustratur. Sane & in illis contractibus, ad quos edictum spectat, capite minutos* naturaliter *obligatos manere, dicit Ulpianus,* l. 2. §. 2. h. t.

RESPONSIO.

Naturales præstationes Lex ait esse, quæ in bonum & æquum conceptæ sunt, quas æquitas & ipsa res dictat esse præstandas, non modo civi Romano, sed cujuslibet nationis homini, ut est repetitio dotis datæ marito h. l. 8. & sequ. *præstatio alimentorum & annuorum, quibus æque capite minuti egent, quam cives integri capitis,* l. 10. h. *adeo ut Franciscanis etiam, quibus pecuniam habere non licet, alimenta legata debeantur, ut arg. h. l. Bartolus & Mornacius probant. Et puto, quoties aliquis cum alieno detrimento locupletior fieret, in his omnes juris civilis subtilitates cessare debere, notat Mornacius* ad h. l. *narratque Chopinum in hanc rem solitum esse valde commendare hunc textum. In cæteris causis, ubi non vertitur æquitatis ratio tam prægnans, est etiam nihilominus obligatio aliqua naturalis, ut in ipsa stipulatione, quæ manet,* d. l. 2. §. 2. *Et hoc est, quod dat locum restitutioni in integrum.*

N. ADDIT.

Consentio & huic explicationi Autoris, utpote quæ obscuritatem Caji in Scholio notatam jam satis perspicue sustulit.

Nec etiam ad maximam & mediam capitis diminutionem spectabat, quia per illas jura ita extingvebantur, ut a Prætore nullo modo restitui possent, *l. 2. pr. h.* Publica jura quoque & munera per capitis diminutionem non intereunt, ut magistratus & Tutelæ, *l. 5. §. ult. l. 6. & l. 7. in pr. h. t.* ubi verba, *Tutelas non amittit capitis minutio, exceptis his, quæ in alieno jure positis personis*

sonis deferuntur, celebrem habent difficultatem, de qua Wissenbach. *tb. ult. b.* & auctores ab illo citati; quibus quod heic loci addatur, non habemus.

2. Hodie, quia modus constituendi & solvendi patriam potestatem, a servili causa ejusque imitamentis alienus est, ideo hanc restitutionis causam cessare, dubium non est, *l. ult. C. de emancip.*

3. Plerique volunt, emancipationem non esse hodie capitis diminutionem, idque subtiliter loquendo, recte: imo nulla potest emancipatio intelligi, ubi filius non mancipatur, id est, venditur amplius: Quamdiu tamen mansit idem effectus, qui fuit olim, hoc est, quamdiu adoptio & dimissio ex Patria potestate, mutationem familiæ & agnationis adferebat, non sine ratione antiqua nomina mansisse videntur; nec sequitur, tunc etiam Patris mortem fore capitis diminutionem, quia per illam æque Patria potestas solvitur; nam capitis diminutio debet secundum legem fieri, *περίστασις τῶν νόμων*, v. *lib. 3. Digress. c. 6.* sed mors est totius opus naturæ, nec per eam tollitur jus familiæ & agnationis totius, ut per emancipationem, sed nil nisi vinculum patriæ potestatis, manente cum reliquis agnatis conjunctione priori. Verum hodie cum nihil in sangvine quam naturalis cognatio spectetur, *Nov. 118. c. 4. & 5.* quæ & olim cum jure familiæ late sumptæ emancipatis manebat, *l. 69. §. ult. de Leg. 2. l. 195. §. 1. de V. S.* sequitur, emancipatione statum familiæ amplius non mutari, eamque nullo sensu capitis diminutionem, sed resolutionem simplicem patriæ potestatis appellandam. Perinde ac dignitas, quæ facta quidem est modus tollendæ Patriæ potestatis; sed nunquam capitis diminutio, quia hæc est status mutatio *εἰς τὸ χεῖρον, in deterius. Synops. Attal. tit. 3.* Πάθος, afflictio, ut ex Theoph. *d. c. 6.* Talis etiam olim erat in emancipatione, juxta Pauli ratiocinationem in *l. 3. §. 1. h. t.* quam ab objectionibus D. Vinnii vindicavimus in *d. c. 6. Digr.*

4. In locum aquæ & igni interdictionis surrogatam esse deportationem, multis in jure locis traditum videmus, *l. 2. §. 1. de pœn. l. 3. ad L. Jul. pecul. & passim.* Effectus utriusque est unus idemque; sed discrimen, quod deportatus *τόπῳ περικέκλεισται, τοῦτ' ἔστι τῇ νήσῳ, certo loco, id est, insulæ includitur: ὁ δὲ*, cui aqua & igni interdictum est, *παντὸς εἴργεται τόπου, ab omnibus locis excluditur*, ait Theophilus: Unde *lata fuga* eleganter vocatur, in *l. 5. de interd. & releg.* imitatione Græcorum, qui *φεύγειν τὴν πατρίδα. τὴν πόλιν*, exules dicunt, qui *fugiunt patriam sive urbem:* qua de re Budæus *comm. Gr. L. voc. φεύγ.* sic tamen, ut intra certos terminos; quemadmodum Ciceroni lege Clodia quadringentis millibus passuum ab Italia abesse licuit. Sub Augusto, quibus olim aqua & igni interdicebatur, hi cœperunt in insulas deportari, quo pertinet lex ejusdem apud Dionem *lib. 56.* Μηδένα πυρὸς καὶ ὕδατος εἰρχθέντα ἐν ἠπείρῳ διατρίβειν *Ne quis, cui aqua & igni interdictum esset, in continenti versaretur*, &c. Quod non modo pœnæ exasperandæ, sed imprimis ut dominandi arcanum, Augusto placuisse videtur; ne videlicet exules, (plerique enim, quibus hæc pœna infligeretur, erant nobiles,) in latam fugam acti libereque vagi, coirent atque res novas molirentur; Ab hac ratione, quod ista quasi quædam pœna *Status* esset, medium censeo petendum respondendi, quare Præsides Provinciarum in insulam deportare nequiverint, cum tamen in metallum damnare, quod est gravius, imo quodvis ultimum irrogare supplicium iidem possint, *l. 6. §. 1. de off. Præs. l. 2. §. 1. de pœn.*

Tit. VI.

Quibus ex causis majores.

I. De absentia duplex Edictum esse restitutorium. II. Pro absentibus quinam habendi. III. Clausula prætoria, de qualibet justa causa, exposita. IV. Non esse locum ei in præscriptione 30. annorum, secus ac in usucapione.

Concepta est hæc Rubrica; *Quibus ex causis majores annis 25. restituantur in integrum:* quod fit, ob proximam oppositionem restitutionis, quæ minoribus indulta fuit: nam alioqui dolus & metus, sunt etiam causæ majoribus annis XXV. cum minoribus communes. Qui sunt læsi per absentiam, restituuntur in eum statum, in quo ante absentiam fuerunt. Duplex remedium

um a Prætore in Edicto hujus tit. proditum est, vel potius duæ sunt partes hujus remedii. In prima parte ait Prætor, si de bonis alicujus, qui sine dolo malo Reipubl. causa aberat, aut in vinculis, servitute, hostiumve potestate erat, aliquid usucaptum sit, aut si dies actionis, quæ competebat ei, exierit, actionem se intra annum utilem daturum. Altera pars habet hanc sententiam; si is, qui absens non defendebatur, vel quem in jus vocare non licebat, licet interim de alterius bonis aliquid usuceperit, adversus hunc eadem actio restitutoria datur. Nec vero tantum, si usucapio sit commissa, verum etiam adversus rem judicatam, *l. 30. §. fin. h. t. l. 1. C. eod.* adversus venditionem, *l. 6. C. de restit. mil.* aliisque causis generaliter, *d. l. 30. inf.* cujusmodi exemplum est in *l. 43. h. t.* Ubi Titio annuum debetur, quoad in Italia esset; Reip. causa abesse cœpit, utilis actio *ex officio Prætoris*, quæ hæc ipsa est, nihilominus ad annuum petendum datur.

2. In priori specie exprimitur *absentia Reipubl. causa*, ubi scil. in favorem absentium cavetur; in altera parte, quæ est contra absentes, quilibet absentes intelliguntur; ne privatæ aut temerariæ causæ jure meliori utantur. Tamen & illa Reipubl. causa, non ita accipitur, ut in excusatione Tutelæ, ubi, δήμυ ῥωμαίων ἕνεκα, *l. 10. in pr. ff. de Excus.* propter populi Romani commoda tantum; at hic quoque civitatum & municipiorum causæ pro talibus habentur, *l. 26. §. ult. h.* Et generaliter, quotiescunque quis ex necessitate, non ex voluntate abfuit, dici oportet ei subveniendum, *d. l. 26. in fin.* qua de re plura diximus in *Parte I. tit. de action. n. 6.* ubi scripsimus etiam, jure novo, post *l. 2. C. de annal. except.* non videri hanc restitutionis speciem amplius esse necessariam, quæ datur scil. contra absentes; cum, etsi adversarius nec a quoquam defendatur, potest Actor Præsidi, aut eo deficiente, Episcopo, vel si neutrius copia, publico in loco libellum proponere ad interrumpendam præscriptionem. Inde sequitur, non esse necessum hodie, ob metum & impotentiam præscriptionis impediendæ, ad hoc unicum remedium confugere; hactenus illa valet observatio, verum tamen, si quis remedio *d. l. 2.* non sit usus, eum propterea restitutionis beneficio destituendum esse, non potest dici. Habet igitur adhuc locum, si quis, inquam, illo modo, qui in *d. l. 2.* præscriptus est, non sit usus, præter quod alii quoque sint casus, quibus restitutione opus esse queat, ut modo intelleximus. *in fine sectionis præced.* Denique pars Edicti prior hactenus etiam absentes melius habet, quod eos indistincte, seu Procuratorem habuerint, sive non adhibuerint, restituit, *d. l. 26. §. ult.* quod est secus in ea parte Edicti, quæ adversus absentes concepta est, ut de verbis Edicti in *l. 1. h. l. 21. §. 2. & 3.* cum *l. seq. eod.* patet.

3. In fine memorati edicti sic ait Prætor: *Item, si qua alia mihi justa causa videbitur, in integrum restituam, quod ejus per Leges, Plebiscita, Scta, Edicta, Decreta Principum licebit.* Ulpianus hanc ultimam Edicti partem ita interpretatur in *d. l. 26. §. ult. & ll. seqq.* uti pro nova sextaque restitutionis causa eam habere non videatur; sed pro extensione causarum absentiæ, qua Prætor omnem ex qualibet justa causa absentiam, statuit admittendam. Sed ipsum Edictum abhorrere non videtur ab usu communi, quo heic loci restitutio promitti intelligitur, quoties aliquis justum errorem non simplici ignorantia, sed ita ut ratio positiva, quæ in errorem induxerit, ostendi possit, lapsus & damno mulctatus est, quemadmodum Ulpianus idem in *l. 1. & 2. de restitut. in integr.* sexto loco & ab absentia separato, post capitis minutionem, justum collocat errorem. Exemplum pete sis ex *l. 1. §. ult. D. Quod fals. tut. auct.* Gessit aliquis negotium cum pupillo, auctore homine, qui se tutorem esse prædicabat, cum non esset; adversus pupillum non habet actionem, sed adversus falsum auctorem.

4. In universum de hac causa dici potest, quod Paulus in *l. 16. D. Ex quib. caus. maj.* ait, totum istud arbitrio Prætoris temperabitur. Sed nulla potest esse tam valida erroris ignorantiæve causa, ut adversus præscriptionem longissimi temporis allegari possit, *l. 3. & sequ. C. de Præscr. 30. vel 40. ann.* ut etiam in Curia Sabaudica judicatum fuisse, testatur Ant. Faber ad *tit. C. Si advers. usucap.* tametsi contrariam Dd. sententiam & communem, & in foro esse receptam, tradat Fachinæ. *1. controv. 69.* non tamen in nostro, ut exemplo ad *tit. de Minor. n. 8.* relato constare potest: ubi sane erat justissima ignorantiæ causa, quod Testamentum in alienis manibus & demum post annos 33, ab aliud agentibus repertum erat: Negata tamen est in integrum restitutio. De usucapione longique temporis præscriptione, facilius hanc restitutionem admiseris; etsi verum sit, jure civili solam ignorantiam non sufficere, *l. un. C. de usucap. transform.* Et tamen, quia contra usucapionem restitutionis beneficium dari cer-

ri certum est, *l. un. d. t. C. Si advers. usuc.* non est absurdum, eo quoque justum errorem extendere, causa videlicet positiva solidaque subnixum.

5. Non est etiam prætereunda hæc admonitio; ne quis prætextu clausulæ generalis, admitti posse putet ad effectum restitutionis ejusmodi causas, quæ in aliis Edictis rejectæ sunt; quod eo fortius inculcandum, quo frequentius Advocatos hac generali clausula quasi panacæa abutentes videmus, ad omne genus morborum vitiorumque sanandum. Verbi gratia, metu inani aliquis est compulsus ad ineundum contractum, vult restitui, non potest per Edictum Quod metus causa; implorat hanc partem Edicti, *si qua mihi justa causa videbitur*; poteritne restitui? nullo modo, nisi hanc clausulam generalem velimus facere elusoriam omnium aliarum. Imponit tamen hujus rei species. Sic memini obtinuisse restitutionem matronam quandam in tali specie. Transegerat de hereditate quadam cum fratre mariti defuncti, consilio fratris sui & propinquorum; sed præcesserant minæ alterius, se non redditurum mulieri instrumenta, quæ penes se haberet, & quibus illa carere non posset; se litibus illam vexaturum, usque ad Ordines Generales. Hæ minæ erant vanæ; cum pro instrumentis haberet actionem in promptu, & vexatio litium coram Ordinibus Generalibus non habebat facultatem, cum nec cives Frisii illuc vocari possint, nec alias vexatio litium veniat in censum restitutionis. Cum ita ex causa metus aut doli non posset agere, tamen obtinuit, hujus edicti clausulæ prætextu. An omnino juridice, *ex supra* dictis colligendum.

T I T. VII.

De Alienat. jud. mutandi causa facta.

I. Qualis hæc actio & an species restitutionis. II. An & in personalibus locum habeat. III. Quando cesset. IV. Detur ne heredi & in heredem.

Similis restitutioni est actio in factum, quæ datur ei, in cujus fraudem res, de qua lis, metuebatur, alienata est, per quam consequitur id quod interest *l. 1. pr. h. t.* velut si diversæ hominem Provinciæ, aut potentiorem adversarium nobis opposuerit, *§. ult. d. l. 1.* *Nec enim potentioribus pares esse possumus* ait Cajus *in l. 3. §. pr.* quod Pyndarico illi respondet, χαλεπὴ δὲ ἔρις δυσμαχώτατον ὁμιλεῖν κρειττόνων, *difficilis hominibus lis est cum potentioribus.* Quippe ut Euripides in Hecuba,

Τῶν γὰρ δυναστῶν πλεῖστος ἐν πόλει λόγος.
Nemo potentes aggredi tutus potest. ut Seneca in Medea & Phædrus *fab.* XXXVII.

Contra potentes nemo est munitus satis,
νίκης γὰρ στέρεται, πρὸς τ' αἴσχεσιν ἄλγεα πάσχει,
Semper abit victus, damno probroque gravatus, ut Hesiodus.

Proprie tamen hæc restitutio non est, quia datur utilis in rem actio contra alienantem, quam si pati velit, hanc evitat, *l. 3. §. ult. h. l. 27. §. 3. de rei vind.* imo & directa contra possidentem actio in rem, *l. un. C. h. t.* Unde liquet, jus non esse ademptum, cui proinde restitutio applicari non potest, juxta id, quod *in tit. primo* diximus, fundamentum omnis restitutionis esse, jus amissum.

2. In personalibus, quibus de præstatione certi corporis non agitur, hæc actio cessat, quia debitor nunquam facere potest, ne creditori teneatur, *l. 1. C. de Nov.* Sed Actor, qui suum jus in potentiorem transfert, tam in personam quam in rem, amittit jus suum, & extra ordinem punitur, *l. un. C. ne lic. poten.* nec tamen ideo hoc Edictum ad actiones personales producendum, cum hæc diversa constitutio sit, ut recte Thomasius ad *Pos. 4. h. t.* Paulo secus D. Wissenb. *h. t. h. 1.*

3. Qui ex necessaria, vel onerosa, vel mortis causa alienat, non tenetur hoc edicto, quia fraude carere præsumitur, *l. 8. §. 3. & l. 13. pr. h.*

SCHOLIUM.

Si pro Synonymo causæ necessariæ sumatur onerosa, *concedo. Sin, uti communiter fit, opponatur lucrativæ, ut sensus sit, v. g. contra donantem dari actionem ex hoc edicto, non vero contra v. g. vendentem, dissentio, cum leges hanc distinctionem hic ignorent.*

RESPONSIO.

Per necessariam intellexi alienationem, ad quam aliquis cogitur, ut ex prævia conventione, sine litis respectu. Per onerosam, quæ fit exonerandi sui causa, ut datio in solutum, quæ non pertinet ad hoc

hoc Edictum l. 10. pr. h. t. *Venditionem aut permutationem heic non licere, certum est; & sunt hæ causæ onerosæ respectu emptoris, cujus hic usu non venit ratio.*

N. ADDIT.

Acquiesco etiam in hac declaratione, quia evidens est, in datione in solutum non adesse fraudem alienantis.

Adde *l. 4. §. 1.* ubi casus, quo quis judicii mutandi causa rem alienat, sine dolo malo, ut is qui rem alienat odio litis, quam prævidet ac metuit. *Hæc enim verecunda cogitatio ejus, qui lites execratur, imo re carere maluit, ne litigaret, non est vituperanda,* ait Ulpianus egregius *in d. l. 4. §. 1.* quibus similia vide in *l. 3. ff. de Condict. caus. dat. l. 7. in f. de Tribut. act.* Bene Chrysost. Hom. 20. in Matth. Εὔριπον τῶν κακῶν τὴν ἀγορὰν, *Euripum malorum appellat Forum:* Multo est *optabilius, inimicum non habere, quam vincere,* dictum Augustini, Mornacio *ad h. tit.* laudatum.

4. Porro hæc actio est rei persecutoria, non pœnalis; ne quidem ex parte rei, quia hæc qualitas tantum ratione actoris æstimatur; qua de re dictum alias: in hæredem tamen non datur, quia ex delicto est, *l. 4. §. ult. & l. 7. h.* vid. *P. 1. ad tit. de action. n. 14. & ad tit. de perpet. & temp. action. n. 5.* Discrepat ab hac Rubr. *tit. de Litigios.* sicut lis movenda a lite mota, quemadmodum suo loco dicetur.

TIT. VIII.

De Receptis, qui arbitrium receperunt.

I. Continuatio, & quot modis arbitri accipiantur. II. Quid heic, & quomodo constituantur, & de Compromisso. III. Quinam compromittere & quinam arbitri esse queant. IV. Quomodo constituantur. V. De quibus rebus dentur. VI. De Coactione arbitri. VII. Qualis sententia arbitri esse debeat. VIII. De effectu ejus, & comparatio cum re judicata. IX. De Reductione. X. De modis finiendi compromissum.

ANtequam partes disceptationi judiciali sese committerent, periculum sæpe faciebant, an boni viri privati, unius aut plurium arbitrio, controversiam finire possent. Αἱρετὸν δικαστήριον, Tribunal electivum vocat Harmenop. *l. 1. tit. 4.* Ea gratia immediate ante titulum de Judiciis, de Arbitris agere visum fuit. Nomen hoc non eodem modo usurpatum reperitur. Bifariam omnino vox usurpatur, de Judicibus, aut de aliis extra judices: De Judicibus variis modis. Arbitri olim erant judices in bonæ fidei actionibus, apud Cicer. *3. Off. & in oration. pass.* & sic vox usurpatur in *l. ult. ff. Fam. ercisc.* Secundo, arbitri dicuntur judices ad probandos fidejussores dati, *l. 8. ff. Qui satisd. cog.* Tertio, & qui surrogantur judicibus suspectis, Arbitri appellantur, *l. 16. & l. ult. C. de Jud.* Extra usum Judicum arbitri vocantur hi, quorum arbitrio pretium in emptione, aliæve conditiones in quibuslibet contractibus, definiendæ permittuntur, *l. 7. ff. de contrah. empt.* Vulgo etiam arbitri vocantur amicabiles compositores, ut loquitur Imper. *in Auth. si vero. C. de Judic.* Sed illi omnes ab hac Rubrica sunt alieni. Proprie igitur & hoc loco Arbitri sunt, *Electi homines compromisso Partium, ad causas instar judicii decidendas, l. 13. §. 2. h. t.* Electi non jam *viri boni,* sicut Advocati *supra,* Judices *inferius* appellantur; quia parvi refert, integræ famæ quis sit Arbiter, an ignominiosus, *l. 7. in pr. h. t.* Dissenit Mornacius *ad l. 27. §. 2. h.* ubi hos versus Horatii,

Vir bonus est quis?
Qui consulta Patrum, qui Leges juraque servat,
Quo multæ magnæque secantur judice lites.

de solis Arbitris vult intelligendos. Sane tales maxime in Arbitros esse eligendos, verum est: an debeant esse tales præcise, & an ab aliis arbitria dicta nulla sint, alia Quæstio est. Partes habent in potestate, quibus suum jus, bonis an malis, committere velint, ut *inferius* dicetur amplius.

2. COMPROMISSUM nihil est aliud, quam promissum reciprocum, quo utraque pars libero consensu promittit, servaturos se quod arbiter constituerit; sitque vel stipulatione reciproca, vel interdum nudo pacto, *l. 11. §. 3.* Jusjurandum hodie prohibitum est, *Auth. decernit. C. h. tit.* quæ jurisjurandum ab arbitris exigendum prohibere videtur. Sed ex *Nov. 82. c. 2.* unde Authentica desumpta est, patet, tam in compromisso partium, quam in arbitris, displicere jus-

jusjurandum. Cujus rei ratio præter eam, quæ Justiniano placuit, a vilitate imperitiaque arbitrorum quorundam, & contemptu jurisjurandi, e vulgari & tralatitio instituto hæc esse videtur, quod vel perjurium foret necessarium, vel sententia arbitri inevitabilis, quod naturæ compromissi, & publicæ judiciorum autoritati adversum esse videtur. Pactum nudum heic adhibitum vires suas non excedit, quas alioqui semper habet, ut exceptionem, nihilque ulterius, pariat; dein stipulatio concipiatur ad pactum illud confirmandum, *l. 45. de Pact.* Si pactum sit nudum & solum, termini habiles ponendi sunt, quales in *d. l. 11. §. 3.* ubi uterque debitor erat, sed dubitabatur: Hi compromiserunt, hac lege, ut qui non staret arbitrio, jus petendi non haberet; ad effectum hujus pœnæ sufficit pactum nudum, quo alter se per exceptionem tueatur, si alter petat.

3. Compromittere possunt in arbitros, quicunque liberam rerum suarum habent administrationem: qua consequenter qui carent, prohibentur, ut pupilli & minores, quorum tamen fidejussores tenentur, *l. 34. §. 1. de Minor. l. 35. h. t.* eodem jure, quod servamus in transactionibus, & alienationibus, ut dictum *ad tit. de Minor.* Recipere arbitrium possunt, qui possunt esse judices, *l. 7. §. 1. & seq. h.* nisi quod infamis etiam esse queat, *d. l. 7. princ.* quod tamen Galliæ moribus non convenire, scribit Mornac. *ad l. 7.* & pater sine dubio etiam in causa filii, *l. 6. h.* quia compromittentes sibi imputabunt, qui jus suum volentes illi commiserint, non obstante *l. pen. h. t. l. 10. de jurisd.* Nam *Lex pen.* vetat arbitrum esse in causa propria, quod quidem nullo modo fieri potest, *arg. l. pen. h. t.* Lex *10. de Jurisd.* jus pro se proque liberis & uxore dicere, conjungit, & perinde vetitum esse tradit, at hic de arbitro agitur, quem nemo nisi volens accipit, volenti autem hactenus non fit injuria. Potest & in ordinarium judicem, qui Magistratus est, si velit recipere arbitrium, compromitti, *l. 3. §. ult.* cum *l. sequ. h. t.* verum in judices pedaneos, qui ad judicandum dati erant, non poterat olim compromitti, sed ministerio suo perfungi debebant, *l. 6. §. 2. h.* quod nihil opus ad judices Magistratus, qui judicare cœperunt, extendere, nec facit *lex 4. de Tutor. & Curat. dat.* quæ vetat, Prætores judices pedaneos & compromissarios ipsos dare Tutores: etsi aliter Dd. *Comm.* Usus temporum tamen est pro eo, quod diximus, Wissenbach. *th. 14. h.* Arcentur ab arbitrio recipiendo servi, *l. 7. §. 1. l. 9. pr. h.* pupillus, *d. l. 9. §. 1.* minor annis XX. *l. 41. h.* denique mulier, *l. ult. C. h. t.* ob verecundiam sexus; qua tamen non obstante, jure Canonico fœminæ habentes jurisdictionem ordinariam, admittuntur etiam ad Arbitrium suscipiendum, *c. dilecti. 4. X. de Arbitr.* quod a ratione, ubi hereditariæ sunt jurisdictiones, (aliter enim fœmina non potest habere jurisdictionem,) non est alienum. Alioqui omnes personæ prohibitæ continentur sub ea regula qua diximus, Arbitros esse posse, qui Judices dari queant.

4. Dari possunt Arbitri de omnibus causis, præterquam de publicis criminibus, de famosis de liberalibus, de popularibus causis, *l. 32. §. 6. & 7.* neque de restitutione in integrum, *l. ult. C. ubi & apud quem.* Nec etiam de causis pupillorum aut minorennium, *arg. l. 3. in pr. h. t.* nec denique de matrimonialibus, *cap. pen. X. de in integr. restit.* Non obstat, quod ad famosas, *l. 13. §. 5. de his, qui inf. not. Ex compromisso*, ait ibi JCt. *arbiter infamiam non facit.* Unde sequi tamen hoc videtur, aliquas dari causas, unde infamia oritur, de quibus arbiter dari possit; contractus, credo, & negotia contractibus affinia, velut sponsalia, *d. l. 13. §. 5.* præter tutelæ, mandati pro socio, depositi judicia, videlicet quæ ad infamiam quidem præcipue non diriguntur, eam tamen continent. De his Arbiter quidem dari potest, sed ex ejus sententia, in his casibus non oritur infamia, secundum *l. 13. §. 5.* Delicta igitur famosa proprie intelligamus arbitris interdicta compromissariis. Ratio, cur de illis rebus arbiter eligi nequeat, non est alia, quam quod nemo causam privato homini committere possit, nisi cujus ipse liberam habet potestatem: sed enumeratæ causæ ejus generis non sunt, ut a cujuslibet Patrisfamilias potestate pendeant, sed magis ad Rempubl. spectant, vel ejus sunt naturæ, ut is, ad quem pertinent, de iis, sicut lubet, disponere non possit. Denique, mulctæ quoque dictione carent arbitri, *l. 2. §. f. de jud.* Magistratus solos, & Præsides provinciarum, posse mulctam dicere, mandatis permissum est, *l. 131. §. 1. de V. S.* Tamen de arbitris tradit Javolenus, eos contumaciam litigantium ex compromisso pecunia coërcere posse, quod quid aliud est in effectu quam dicere mulctam? Tu dic, mulctam vi jurisdictionis irrogari & fisco addici, ut olim populo, *l. 5. C. de mod. mulct.* arbitri quod faciunt, quando vigore compromissi decernunt, nec ali-

ter,

ter, quam ut alterum alteri pecuniam dare jubeant. Costal. *in d. l. 39.* Scip. Gent *l. 1. de jurisd. c. 7.* Wissenbach. *ad h. t. th. 22.*

5. Sic igitur arbitri constituuntur & in ejusmodi causis. Quod superest, duplex hujus tituli scopus est, primo, ut sciamus, *quomodo arbitri cogantur*; secundo, *quis sit effectus arbitrii.* Quod ad primum attinet, in arbitris locum etiam habet, quod de contractibus vulgo fertur, & eleganter explicatur in *l. 17. §. 3. ff. Commodati.* Quod primo est voluntatis, postea fit necessitatis. Arbiter non nisi volens officium illud suscipit, *l. 3. §. ult. & l. 13. §. 2. h. t.* at postquam suscepit, cogitur illud exequi. Qui, inquam, recepit causam arbiter, absolvere eam cogitur, remediis compellendi prætoriæ jurisdictioni consvetis, *l. 3. §. f. l. 32. §. 12. h. t.* Scilicet Magistratus non tantum est cognoscere, sed maxime jubere judicare, *l. 13. pr. de jurisd.* imperare tam pedaneis suis quam Arbitris. Unde *regnum judiciale* Ciceronis, Aquilio Prætori adscriptum, *1. ad A. Ep. 1.* cui nec male convenit illud Senecæ; *Si judicas, cognosce: si regnas, jube.* nisi major sit magistratus, *l. 4.* vel compromissum sit nullum aut incertum, *l. 32. §. 3. h.* item oh sordes & turpitudinem arbitri, *l. 9. §. 3.* aut si justam arbiter excusationis causam habeat; velut, si litigantes arbitrum infamaverint, si spreta auctoritate ejus ad alium arbitrum, vel ad judicem ierint, & dein ad eundem redire velint, *l. 9. §. 4. 5. l. 10. & l. 11. in pr. h.* Adde, si capitales inimicitiæ inter ipsum & litigantes, vel eorum alterum, intervenerint; si ætas aut valetudo impediat, aut occupatio negotiorum propriorum, vel profectio urgens, aut munus aliquod Reipubl., vel sacerdotium, *l. 2. §. 3.* denique si unus ex litigatoribus bonis suis cedat, & quæ id genus alia sunt, *l. 15. & l. 17. h. t.* Si plures quoque sint arbitri, non nisi pariter omnes coguntur, quia in omnes compromissum est, *l. 17. §. 2. h. t.*

6. Quod ad effectum arbitriorum attinet, primum oportet ejusmodi esse arbitri sententiam, ut sit conformis compromisso, a quo omnis eorum potestas pendet, *l. 21. h. t. l. 32. §. 15. & l. 46. eod.* ideoque si de causa reconventionis extra compromissum judicaverit, id effectu caret, *arg. dd. ll.* Sichard. in *l. 14. C. de sent. & interl. n. 8.* Perez. ad *tit. C. de sent. n. 18.* in cæteris ad instar judicii componuntur arbitria. Ideoque nec fieri potest, quin apud arbitrum necessaria sit litis contestatio, *arg. l. un. C. de lit. cont. & l. 1. h. t.* Quare & in causa cognoscenda ferendaque sententia, partes fere sunt eædem judicis & arbitri: Proinde si plures sint arbitri, majoris partis sententia prævalet, cum alius non possit exitus dari, *l. 27. §. 3. h.* Si in pari numero dissensus sit, nihil agitur; sed tertium adjungere debent, *l. 17. §. 6. h.* nam si pronuntiarent, nullius momenti foret sententia; quia neutra parte superante, nihil novi evenire posset, ac ita res maneret in eodem statu, *d. l. 27. §. 3.* quod est evitandum, quatenus fieri potest, ideoque si conjungi possint dissonæ sententiæ in consensum majoris partis, id enixe danda est opera, ut exemplo declaratur *l. 27. §. 3. h. t.* Hæc res in judiciis aliter se paulo habet; Nam paribus sententiis reus absolvitur, *l. 38. in pr. ff. de re judic.* vel si judices sint *dati*, tantisper in pendenti habetur sententia, donec ab eo, qui dedit, una confirmetur, *l. 28. eod.* scilicet Reipublicæ magis interest, res judicatas non cedere in irritum, quam arbitria fluctuare, quæ privatorum lubitu constituuntur. Hactenus tamen arbitria judiciaque convenire credo, ut si in diversas summas, pares numero judices arbitrive, reum condemnaverint, in minorem summam condemnatus intelligatur, per *d. l. 38. §. 1. de re judic.* Est & hæc judiciorum atque arbitriorum differentia, quod nihil agitur, si compromissum sit, ut certam arbiter sententiam dicat, *l. 19. h. t. in pr.* quanquam in judicio talis conventio valet, *l. 26. de re judic.* quoniam ibi non agitur nihil, siquidem actio rei judicatæ victori acquiritur; in arbitrio nihil ageretur.

SCHOLIUM.

Suppeditat etiam hanc rationem Wissenbach. th. 21. *sed non video, quomodo dici possit, in arbitrio hoc modo nihil agi, cum obstet integra positio 16. Ergo vel alia ratio disparitatis inquirenda, vel dicendum, priorem textum Pauli esse, posteriorem Ulpiani, quod ad innuendum dissensum fere sufficit; cum vel ex centum horum duorum æmulorum textibus, de eadem re disponentibus, vix decem reperiantur, in quibus amice conspirent.*

RESPONSIO.

Absit Antinomiæ Confessio in rebus adeo disparatis. Verissime dicitur, in arbitrio nihil agi: nam si partes jam convenerint, quid opus est compromisso, quod nihil est quam consensus? At voluntarias condemnationes in judicio fieri, satis frequens, & utile habere, quoniam fortius est, adversarium habere constrictum auctoritate publica,

ca, & executione parata, quam conventione simplici, quæ est in compromisso.

N. AD DIT.

Utinam vero non reperirent prægnantes rationes ingenui Antinomiarum confessores in textibus Pauli & Ulpiani, quas huic responsioni Autoris opponerent. Primo enim illa explicatio Autoris, quod in arbitrio nihil agatur, dubium non tollit. Etsi enim asserat, nihil opus esse compromisso, si partes jam convenerint, urgebunt tamen dissentientes, & inde jurisdictionis contentiosæ nomen sortitur. Nec obstat, quod Autor pergit, utilitatem habere tamen eum consensum in judiciis, cum fortius sit, adversarium habere constrictum auctoritate publica & executione parata. Nam urgebunt hic iterum dissentientes, utilitatem etiam habere compromissum tale in sententia arbitri, intuitu pœnæ, quam solvere debent, qui arbitrio stare nolunt. Secundo tota hæc ratio, quam ad ostendendam disparitatem affert Autor, non convenire ad mentem Pauli & Juliani, ut qui non ab inutili decisionem suam deducunt, sed ab eo, quod arbiter debeat dicere sententiam suam, ut ipsi videatur, d. l. 19. in pr. h. t. *Eadem vero ratio est judicis, qui similiter sententiam ex proprio judicio dicere debet. Ergo ex identitate rationis similiter respondissent Paulus & Julianus de sententia Judicis.*

7. Sententia, quæ vulgo *Landum* dicitur, pronunciata finitum est arbitri officium; proinde nec mutari ab eodem arbitro potest, *l. 19. in fin. b. t.* sed explicare eos ambigua posse atque debere, res, & usus, & ratio docent. Quod ad partes attinet, arbitri sententia tam valida est, ut nullo modo retractari possit, etsi iniquissima reperiatur; & tamen rursus, ex *lando* nulla datur actio, nulla competit exceptio. Hæc in speciem pugnantia hoc modo explicantur; partes aut stare debent sententia, sive æqua, sive iniqua sit, *l. 27. §. 2.* aut pœnam solvere, de qua convenerunt; vel si summa non sit expressa, in incertum agendum est, *d. l. 26. §. ult. l. 2. b. t.* nisi dolus partium aut arbitrorum arguatur. Tunc enim vel ei, qui deceptus est, datur actio de dolo, sive ex cautione adjecta compromisso, sive ex Edicto, si nulla doli in compromisso facta sit mentio: Sententia dolo vel per corruptionem lata, videtur ipso jure nulla esse, *l. 7. C. Quand. provoc. non est necess. l. 31. b. t.* Wissenb. *th. 20. b.*

8. Alioquin actio ex sententia arbitrorum nulla datur, inquam, neque exceptio, *l. 2. b. l. 1. C. b. t.* nisi partes consenserint, (homologaverint, ut vulgo,) aut expresse subscribendo, aut tacite, lapsis decem diebus, *l. pen. C. b.* Sed ante decem dies recedere licet, pœna soluta, quæ etiam committitur, cum pendente arbitrio, pars una rem defert ad judicem ordinarium; quo tamen facto, arbitrium finitur; neque enim alteri exceptio litis pendentis datur: unde liquet, perquam fragilem esse arbitrorum potestatem, quam rumpere licet partibus, ubi visum fuerit; nisi magnitudine pœnæ compromissæ deterreantur. Aliter enim arbiter litigantes continere nequit: cum ipse nullam habeat, nisi ex eo, quod partes compromiserint, auctoritatem, *l. 30. b. t.*

9. Appellatio hic non habet locum, *l. 1. C. b. t.* quoniam appellatio supponit gradus superiorum & inferiorum, hoc est subordinationem, qualis inter arbitros atque judices nulla datur. Aliter se res habet in arbitris, qui judicum vim & locum tenent, quales sunt, de quibus agitur in *l. 9. & seq. Qui satisd. cog. l. 4. C. b. t. l. ult. C. de Judic.* & commemorati sunt in *pr. b. t.* sed moribus obtinet Reductio ad judicem ordinarium, qui talis foret, si ad arbitrum partes se non contulissent. Gail. *2. Obs. 149. & 150.* In Frisia reductiones fiunt ad supremam Curiam, teste Sandio *l. 1. 14. 2.* Struvius negans reductioni esse locum, etsi læsio sit enormis ad *b. t. n. pen. in fin.* de juris civilis sententia intelligendus videtur. Nam de praxi forensi res indubitata habetur. Sand. *d. t. 14. def. 1.* Doctores eam introduxerunt imitamento reductionis ab arbitrium boni viri, quod sine compromisso pœnali ad definiendas contractuum Leges recipitur, de quo in *l. 27. de oper. lib. l. 76. pro socio.* & de quo in *pr. b. t.* a nobis commemoratum est. Sandius eam probans ex *l. 36. de V. O.* nihilo magis persvadet, quam qui eam ex *l. 5. vers. sin autem. C. b. t.* juri civili acceptum ferunt. Æquitas tamen repugnare non videtur, quo minus eam de reductione praxin, in casu enormis læsionis laudemus. Idcirco etiam Advocati ad eliciendam in casu Reductionis citationem, præ se ferre solent admodum enormem læsionem, quanquam hoc prætextu indistincte reductio frequentari solet. Sand. *d. Decis. in fin.* Petenda est reductio intra decem dies a laudo pronunciato; quod spatium sine dubio petitum est ab illo decendio, cujus lapsus parit actionem ex Arbitri sententia, *l. 10. C. b. t.* Sand. *lib. 1. tit. 14. def. 3.* ubi tamen communem Dd. sententiam esse tradit, intra annos XXX. peti posse reductionem. Facta reductio similem appellationi habet effectum, ita ut laudum quoque suspendat, sicut sententiæ

tentiæ effectum per appellationem suspendi notum est; etsi non desint, qui tantum ei vim devolutivam cognitionis adscribunt. Sand. *d. tit. defin. ult.* Quid si partes renunciaverint Reductioni? Adhuc propter enormem læsionem, eam institui posse, volunt Doctores, teste Sandio *d. defin. l. 1. tit. 14.* sic, ut pœna tamen præstetur, si convenerit, ut non obstante reductione, ea nihilominus solvatur, *Adde* D. Schotanum *exam. hoc tit.*

10. Ad fragilitatem compromissi pertinet etiam, quod ad heredes compromittentium non transeat, nisi expresse eorum mentio fiat, *l. 27. §. 1. & l. 49. §. 2. h. t.* Præterea finitur, si causa principalis debiti acceptilatione aliove modo sublata & extincta sit *l. 32. §. 1. h. t.* III. Morte arbitrorum, vel unius ipsorum, per *l. 17. §. 2. h. t. c. ex parte 10.* X. de *Arbitr.* IV. Si dies compromisso adjecta, sit elapsa. *l. 32. §. 3. h.* add. *l. 21. §. 5. eod.* V. Etiam, si pœna sit commissa, hoc est, si is casus extiterit, quo pœna exigi possit & præstanda sit, *d. l. 32. §. 1. & l. 34. §. 1.* Denique VI. si partes a compromisso recesserint, ut aliquoties dictum, *d. l. 32. §. 3. in fin. l. 13. pr. h.* non modo, si uterque, sed etiam si alteruter, invito altero, se ad judicem, relictis arbitris, conferat; nec ibi conventus adversarius habet exceptionem litis pendentis, sed arbitrium, inquam, finitur, & pœna ex compromisso peti potest, *l. 30. h. t.* Idque in foro servatur, & judicatum ita refert in Curia Suprema Nauta die *15. Jul. 1636.* vid. Struv. *ad h. tit. in fin.*

TIT. IX.

Nautæ, Caupones, Stabularii.

I. Continuationis ratio. II. Actio de recepto rei persecutoria. III. De actione in factum in duplum.

Jacobus Gothofredus *in serie Pand. hoc tit.* reprehendit eos, qui nullam in hoc titulo rationem methodi, quam homonymiam vocabuli de recepto comminisci possunt, quod fateor, me cum Cujacio aliisque adhuc putasse. Tradit ille suam quidem rationem, quod Prætor inter alia in Edicto suo duas recepti species complexus sit; nihil tamen profert, quare non hoc receptum Nautarum atque Cauponum, a præparatoriis & affinibus judiciorum, quo sane Arbitrium receptum pertinet, sit alienum: adeoque hoc Nautarum Cauponumque receptum loco deserto sit collocatum.

2. Edictum hoc est, *in l. 1. h. t.* ex quo duæ nascuntur actiones, una rei persecutoria contra nautas, caupones, stabularios, ut ea, quæ receperint, si furto quovis modo & a quolibet ablata sint, restituant, *l. 1. §. 6. & seqq.* etiamsi gratis, qui res amisere, navigaverint, *l. 6. pr.* non tamen si fatale damnum sit, *l. 3. §. 1.* aut si prædixerint, ut quisque sibi vigilaret, *l. 7. pr. h.* Recepisse autem videntur, quicquid occasione negotii, quod exercent, acceperunt, etsi res non sint adsignatæ, *l. 1. §. ult. h.*

3. Altera actio est in factum in duplum, quæ locum habet, non si a quovis, sed ab aliquo suorum hominum res sint ereptæ, *l. 7. pr. & §. 1.* quæ actio non sine culpa eorum datur, *d. l. 7. §. 8.* habent enim quod sibi imputent, quia fuit in ipsorum arbitrio, ne quem reciperent, *l. 1. §. 1. h.* quæ ratio utrique parti Edicti potest applicari. Atqui *in l. un. §. ult. D. Furti adverf. Naut. Caup.* scriptum est, nautam, cauponem, non posse repellere iter agentes, civiliter scil. & ordinario; Nam si ex causa aliquem recipere nolit, quis eum cogat, nisi forte naves cauponæve sint publicæ, in usum viatorum specialiter destinatæ? Et hæc actio, quamvis prætoria pœnalis, tamen est perpetua, *l. 7. §. ult. h. t.* Concursus harum actionum est electivus, *l. 3. §. ult.* cum *l. seqq.* quia non dantur adversus easdem personas. Cujac. *8. obs. 24.* Vide quæ ad hunc tit. dicta sunt in *Part. 1. Lib. 4. Tit. 5. n. 4.* & quæ habet D. Struvius.

Incipit Pandectarum Pars II.

LIB. V.

TIT. I.

De Judiciis; & ubi quisque agere vel conveniri debeat.

I. Continuatio, & an licita sint judicia ex disciplina Christi. II. Necessitas Judicii, & an ali-

quando cesset. III. Definitio judicii, & primo genus exponitur. IV. Tum differentia specifica, ubi an Imperitus juris possit esse Judex. V. Quinam judices esse prohibeantur. VI. Ætas Judicum. VII. Principem esse Judicem in propria causa. VIII. An Pater in causa filii judex esse queat, prolixe disquiritur, & l. 10. de Jurisdict. cum l. 77. de Judic. conciliatur. IX. Prohibitio ex causa propinquitatis. X. Quomodo finiatur Judicis officium. XI. De Actore & Reo. XII. Qui personam standi in judicio habeant vel non, ubi de his, qui sunt in Cura. XIII. De muliere nupta. XIV. An hæc, ubi contra Virum consistere potest, egeat Curatoris. XV. De filiofam. hac parte. XVI. An aliquis invitus Actoris partes suscipere cogatur.

CArdo (a) Jurisprudentiæ est caput de *Judiciis*, quod Imperator ita tractat, ut totum Jus illuc referat, adeoque tractatus ejus per omnes Pandectas diffusus legatur. Ejus adhuc habuimus præparatoria; nunc ipsum sequitur, initiumque secundæ Pandectarum partis exhibet; ut tamen & prima pars ab ea pendeat, & reliquæ sint ejus continuatio potius quam novi tractatus. Prima de judiciis quæstio est hæc: An Christianis hominibus licita sint? eaque omitti non potest, quia Juris utique studiosis etiam liquere debet, opera danda sit, an abstinendum arte, cujus universum fundamentum animabus internecinum foret. Enimvero id facile impetraverint Judiciorum insectatores, multo præstabilius esse, litigiis abstinere, si fieri potest, viamque amicæ compositionis longe esse præferendam contentioni judiciali. Idque loca scripturæ proferri solita, quæ pleraque vel in hunc sensum, vel de privatis litigiis, aut de publicis immoderate apud infideles exercitis loquuntur, haud difficulter persuaserint. *Matth. 5. v. 40. cap. 6. v. 14. 15. c. 7. v. 1. Ep. ad Rom. 12. v. 19. cap. 14. v. 4. Ep. 1. ad Corinth. 6. v. 7. cap. 12. v. 5. 7. ad Hebr. 13. v. 4.* Patribus frequenter placuit distinctio inter judicia civilia & criminalia, fere ut Chrysostomus VIII. de *pænit.* καλὸν καὶ τὰς χρηματικὰς δίκας φθάνειν διαλύσεσι φιλικαῖς. ἐγκληματικὰς δὲ μηδὲ τὴν ἀρχὴν ἐγγυμνάζειν. *Pulchrum est lites pecuniarias transactionibus amicis prævenire, criminales autem nec ab initio quidem exercere,* quod in omnibus Christianis pulchrum & laudabile habetur, id in Clericis deinde versum est in necessitatem. Sed absolvit omnem de judiciis, tam criminalibus quam civilibus, disceptationem, inevitabilis eorum necessitas; quatenus indubitata res est, sine judiciis nihil fore genus humanum, quam bellum omnium contra omnes, & promiscuum latrocinium, juxta vulgatum illud, *ubi desinunt judicia, ibi incipiunt bella,* idque firmatur *ex epist. ad Rom. 13. v. 4. 1. ad Timoth. c. 2. v. 1. 2. & 3.* tu plura vide apud Grotium *lib. 1. cap. 2. §. 7. de J. B. & P.* Ames. *5. de consc. c. 54. quæst.* 2. Spanhem. *2. dub. 26.*

2. (b) Postquam in Republ. introducta sunt Judicia, sequitur, non amplius esse licitum, sibimet ipsi jus dicere, quod Leges severe prohibent; nec etsi vis absit & manibus temperetur, hoc singulis concedendum, ut suum jus ipsi exequendum putent, qua de re extat decretum Divi Marci memorabile verbis & sententia, in *l. 13. Quod met. c.* Summa ratio est in *l. 176. §. 1. de R. J. Non est singulis concedendum, quod per Magistratum publice possit fieri, ut occasio sit majoris tumultus faciendi.* Quæ sententia suggerit hanc exceptionem, posse aliquando permitti, ut quis sine judice suum jus exequatur, quoties per magistratum id publice fieri non possit, ac quoties serum esset in ejus expectatione præsidium; veluti cum res moram non fert, ut in moderamine inculpatæ tutelæ, *l. 3. de Just. & jur.* in excussione debitoris fugitivi, *l. 10. §. 6. l. pen. in fin. de his, quæ in fraud. cred.* paucisque aliis casibus, quos habet D. Matthæus *disp. 1. de Judic. th. 31. & seqq.* adde *l. 26. §. 1. ad L. Aquil.* eodemque pertinet, quod de Pacto executivo habet Sandius *p. 1. 3.* Grotius *1. de Jur. B. c. 3. n. 2.* Cessat, inquit, judicium *momentanee aut continue; momentanee cessat, ubi expectari judex non potest, sine certo periculo aut damno; Continue vero, aut jure, aut facto; Jure, si quis versetur in locis non occupatis, ut mari, solitudine, insulis vacuis, & si qua alia sunt loca, in quibus nulla est civitas: facto si judicem subditi non audiant, aut judex aperte cognitionem rejecerit.* Ad momentaneam cessationem pertinet etiam Lex XII. Tab. *si nox furtum faxit, si im occisit, jure caisus esto,* cujus Gajus meminit & latius eam explicat, in *l. 4. §. 1. ff. ad L. Aquil.* juncta *l. 9. ad L. Cornel.* Quod attinet ad ultimam Grotii speciem, non dixerim, civibus licere, quando Magistratus

(a) *Pos. 1.* (b) *Pos. 2.*

gistratus cognitionem rejicit, aut subditi non parent, sibimet ipsi tunc jus dicere; verum ad superiorem recurrendum, aut ferenda summæ potestatis injuria. De jure naturæ loquatur Grotius: civilis obsequii Leges majorem exigunt patientiam; ne ad id, quod gentes supra omnia vitare volunt, in bellum scil. promiscuum, erumpere cogantur, quod nec alias a principiis Grotianis dissidere putem. Sæpe etiam Prætor non dabat judicem, verum ipse rem expediebat, si vel extraordinariæ cognitionis erat, de quibus est *tit. in ff. de extraord. cognit.* vel manifestum erat, actoris jus aut certum, aut nullum esse in causa; denique judicium non aliter, quam in dubiis caussis procedebat. Sed hac parte separandum, in exercendis judiciis, officium litigantis, atque Judicis. Privatorum est, evitare lites, quantum quidem in illis est; Judex officium suum petentibus impertiri debet; neque tamen cohibere non debet impudentiam litigatorum; utique enim si inde ab initio videat, actorem nihil juris habere, denegabit actionem in continenti, nec aliter quam si ambigatur, partes ad disceptationem admittet, *l. 9. in pr. de jurej.*

Hæc quasi præcognita sunto. Cæterum, hujus tituli duas Partes Rubrica præfert, de *Judiciis*, & de *foro Competente*, quod dicitur. Prima pars de *Judiciis* habet iterum tres articulos, qui sunt, Definitio, Distributio & Divisio, quarum exegesi omnis hæc materia absolvi potest.

3. (c) Definitur JUDICIUM, a Cujacio, cujus definitiones libenter aut sequimur aut imitamur; *Legitima causæ disceptatio, quæ fit apud Judicem a parte actoris & rei, litis finiendæ gratia. in paratit. C. h.* Constat hæc definitio, ut omnis alia, genere & differentia. Genus est *Legitima Causæ disceptatio.* Vocatur *disceptatio*, quia debet esse negotium controversum, quod speciem controversiæ habeat, ut modo demonstratum est. Causa vocatur aliter quæstio, eaque vel facti, vel juris est: Facti eum dubitatur, an factum sit; cum circumstantiæ rei gestæ aliter atque aliter a partibus ponuntur. Juris, cum de facto inter partes constat, quæritur autem de merito facti, jure an injuria sit commissum: ut Cicero in *oratione pro Milone* concedit, Milonem occidisse Clodium, at defendit, jure occidisse, per moderamen inculpatæ tutelæ. In illa *pro Ligario* concedit, Ligarium in Africa fuisse, indeque Tuberonem repulisse; negat, hoc scelus & crimen fuisse. Sæpius autem, imo plerumque, juris & facti disceptationes mixtæ sunt, & pari passu ambulant, ut in illis ipsis Ciceronianis quæstionibus usu venit, & quotiescunque aliqua in circumstantiis, quæ merita juris mutare queant, discrepantia perspicitur, opus est interlocutione, qua ad probandum litigantes admittuntur. Si contingat, nullam esse facti differentiam, recta ac immediate ad definitivam, quæ dicitur, sententiam proceditur, ut olim, ita hodieque in fori tritura. Porro *Legitima* vocatur disceptatio, id est, conformis legibus, & solennis, sicut olim erant legis actiones, quibus in omnibus judiciis utebantur, *l. 2. §. 6. de O. J.* ubi diximus. In causis etiam illud servandum, ne præpostere moveantur, aut confuse; idque vox *Legitima* pariter exigit: atque uti procedant actiones, quas ordo rerum prius absolvi postulat, qua de re *inferius suo loco.*

4. (d) Fuit *genus*; sequitur *differentia* in *superius* posita definitione, quæ primo continet PERSONAS judicium constituentes, quæ sunt vel principales, ut sunt Judex, Actor & Reus, vel minus principales, ut Advocati, scribæ, apparitores & cæteri. JUDEX est vir bonus, jurisperitus, ad causas decidendas publice constitutus; cujus exegesin definitionis petesis ex *tit. Inst. de off. jud. a pr.* Sed ibi vocabulum *jurisperitus*, omissum videbis: idque ideo, quod etiam judicibus liceat esse juris imperitis; sane ita majoribus, qui Adsessores habent, quibus & errores imputantur, *l. 2. Quod quisque jur. in alt.* juncta *l. pen. de off. Adsess. Nov. 82. in pr.* At vero in position. ad *h. t. n. 8.* vocem *Jurisperitus* retinuimus, cum, quia præcipitur, ut *subtilitatem legum Judex habeat curæ, l. 11. C. de judic.* etsi lex illa non sit omnino authentica; tum quod officium sit Judicis, secundum *leges & mores judicare*, quod earum imperitus facere non potest; In objectis autem legibus exceptiones esse videri possunt. Adeo ut vox *Jurisperitus* abesse queat, ideo, quod sunt judices etiam imperiti juris; & retineri possit, quia regulariter periti Juris esse debent; nisi quid turbet *l. 17. C. de Judic.* ubi Justinianus etiam militares homines patitur esse judices, quasi per *usum quotidianum* approbatos, *ut audiant lites easque dirimant pro sui & legis scientia.* Sed hæc indulgentia, magis est, ut ad res militares restringenda sit, e verbis textus; *Quid enim periculi est, homines, qui alicujus rei peritiam habent, de ea re judicare?* quo respectu ne

(c) *Pos. 3. 4. & seq.* (d) *Pos. 8. & seqq.*

quidem pro *imperitis* habendi videantur. Notum est alioqui Phocylidæum illud:

Μηδέποτε κρίνειν ἀδαήμονας ἄνδρας ἐάσῃς.
Indoctis nunquam Sacrum permitte Tribunal.

Cæterum, in *Pandectis* Judices dati, sive pedanei potissimum hac voce intelliguntur: sed & Prætores dicuntur & fuerunt judices, *l. 1. & l. 81. h. t.* judicandique potestatem habuerunt, *l. 32. §. 7. de recept. arb. l. ult. C. ubi causa status.* Sed judicare non erant soliti; verum præerant tribunali usque ad litem contestatam, & tunc dabant judicem; exceptis causis liberalibus, *d. l. 32. §. 7.* fideicommissariis, aliisque extraordinariis quæ dicuntur, de quibus est *tit. in ff. de Extraord. cognit.* At per *l. 2. C. de pedan. jud.* ipsi magistratus judicare sunt jussi, & mos dandi judices abolitus est; extra quam, si magistratus essent impediti *l. ult. eod.* Jure novo igitur de judice simpliciter loquimur, unaque definitione superius collocata omnes complectimur. Cætera *de Judice, loco prædicto in Parte I.* reperientur.

5. (e) Possunt esse judices, qui non prohibentur, ut habet regula tralatitia: prohibentur autem, *quidam lege, ne judices sint, quidam natura, quidam moribus. Natura, ut surdus, mutus, perpetuo furiosus & impubes, quia judicio carent. Lege impeditur, qui senatu motus est. Moribus, feminæ & servi, non, quia non habent judicium,* notat Paulus, *sed quia receptum est, ut civilibus officiis non fungantur l. 12. §. 2. h.* Dixit Paulus, *perpetuo furiosus;* ne pugnet cum Papiniano, qui in *l. 39. h. t.* Cum *furiosus judex addicitur,* ait, *non ideo minus judicium erit, quod hodie non potest judicare; ut scilicet sanæ mentis effectus, quod sententiæ dixerit, ratum sit.* Quod de his, qui temporaria vi morbi vel insania laborant, accipiendum: ut tamen si diuturna sit intemperies, mutandus sit judex, *l. 46. eod.* Verum Cœcus non prohibetur, *l. 6. h. t.* nisi in causis, ubi visu peculiariter opus est: etsi forte rectius non detur, his utique temporibus, cum non ad singulas causas judices dantur, ut olim, sed est fere id officium tota vita perpetuum judicandi; idque jure Romano comprobatum, quo cœcus adspirare non potest ad magistratus, *l. 1. §. 6. sub fin. de postul.* qui tamen olim duntaxat erat annuus, quamvis cœptum magistratum cœcus retinere possit, ut in *d. l. 1. §. 6.* distinguitur. Secundum quod, si quis verba *d. l. 6. Cœcus judicandi officio fungitur,* accipere malit, ut cœcitas superveniens judicem munere suo non privet, nihil est quod refragemur.

6. (f) De judicum ætate legitima, non est explicita Quæstio; Impuberes excludi, non dubitatur, & expressum est *in d. l. 12. § 1.* Non cogi minores annis viginti, ex lege Julia tradit Callistratus, *l. 41. de Recept. qui arbitr.* Verba *non cogi* primo auditu significare videntur, posse judicem esse minorem annis viginti, si modo non sit minor annis octodecim, quæ postulando in jure & de jure respondendo, præscripta fuit ætas, *l. 1. §. 3. de postul.* quin & in ipsa judicandi functione memoratur, *l. 57. de Re Judic.* Sed hunc sensum verbis *non cogi* male convenire, patet a consecutione textus in *d. l. 41.* Cum *lege Julia cautum sit,* ait, *ne minor viginti annis judicare cogatur, nemini licere minorem viginti annis compromissum judicem eligere. Ex non cogi,* educitur, *non licere:* Quin etiam constat in *toto illo titulo,* quando Prætor dicitur *non cogere,* id intelligi, prætorem se *non interponere, l. 31. §. 1. 3. 4. 5. 6.* ubi *non cogere,* Prætorem *se non interponere, vetare,* promiscue sumuntur, Ergo minor annis viginti magis est, ut judex esse prohibeatur. Sed hoc de judicibus pedaneis, qui dantur, & coguntur, accipiendum. Supremi judices, qui Magistratus sunt, nec habent a quo cogantur, nati esse debent annos, quot singulis olim magistratibus erant adscripti; vel si nulli specialiter essent definiti, saltem annos *viginti quinque* adsecuti esse debebant. Etenim ad Rempubl. *administrandam ante vigesimum quintum annum, vel ad munera, vel honores, admitti minores non oportet; denique nec decuriones creantur, vel creati suffragium in Curia ferunt, l. 8. D. mun. & honor.* Hinc *quidam consulebat, an valeret sententia a minore viginti quinque annis judice data?* apud Ulpianum in *d. l. 57. de Re Jud.* Cum enim juris esset tralatitii, minores annis viginti quinque nulli publico muneri adhiberi, non abs re dubitabat ille Consultor, an valeret a tali dicta sententia; præsertim, quia credibile est, etsi majores annis XX. poterant dari judices, tamen id rarius evenisse vulgoque minus cognitum fuisse: quæ res cum occasionem huic consultationi dare potuerit, non placet mutatio lectionis, quam decernit P. Faber *ad l. 2. de R. J.* ut pro *viginti quinque in d. l. 57.* legatur *viginti;* nec enim Jurisconsulti, sed consulentis *de quinque supra viginti* annis, ea vox est, ut sufficiat, probari aliqua dubitationis

(e) *Pos. 12.* (f) *Pos. 13.*

causa,

causa, quisque ille fuit, esse productum, ut judicem crederet esse debere viginti quinque annorum. Fabri emendatio minus eo placet, quod Ulpianus in *d. l. 57.* simpliciter minorem aliquoties appellat; si judex *minor* datus sit; si *minor*, Prætor; si magistratum *minor* gerit: tralatitium autem est, minorem simpliciter dictum de minore annis XXV. perpetuo esse intelligendum. Sed tamen & Ulpianus ipse tanquam de re dubia loquitur; *æquissimum est*, ait, *tueri sententiam ab eo* sc. minore annis XXV. *dictam*. Puto, quamvis lege Julia minor annis XX. solus abscisse prohiberetur, usu tamen invaluisse, respectu quorumvis judicum, ne minores annis XXV. darentur, & Legis Juliæ usum hac parte non fuisse viridem, sed rediisse Forum ad jus, quod ante Augustum valuerat, ut judices a vicesimo quinto ætatis anno legerentur; quo respicit Suetonius in *August. cap. 32. Judices a vicesimo ætatis anno allegit, quinquennio maturius quam solebant*: Ita enim legendum esse, non *tricesimo*, facile persuadet Cujacius 21. *obs. 32.* tam mihi quam Casaubono *ad d. locum*. Sed ita minoris XXV. imo & viginti annis, sententia sustinetur, si tamen non fuerit minor annis decem & octo; hic enim plane non potest ferre sententiam, ne quidem consensu partium, vel si a Principe datus sit, quibus casibus octodecim annis majores dati judices recte sententias ferunt; *etiam, si Prætor vel consul ejus ætatis jus dixerint*, ait Ulpianus. Quæ res cum moribus hodiernis egregie consentit, quibus ita receptum est, ut qui Magistratus aut Judices a Principibus, vel ab Ordinibus liberorum populorum constituti sunt, omnia facere possint, quæ ad illius officii ministerium pertinent. Paulo aliter de Judicis ætate, Jure nostro D. Wissenbach ad *h. tit.* quique ab eo citantur, & D. A. Matthæus de *Judic. disput. 3. th. 13.*

7. Porro, (g) dubium non est, quin judex in propria causa nemo esse queat, * ut non modo naturalis ratio, sed & titulus totus *C. Ne quis in sua causa judicet, vel jus sibi dicat*, docet: quod etiam de Testibus enixe prohibitum est, *l. 10. C. de Testib.* etsi tam peremptorii non sit præjudicii, testem, quam judicem habere adversarium. Quid igitur Imperator quem ille judicem in suis causis habebit, quem Reges & Principes reliqui? Res est clara, non esse, cui subjiciantur; Ideoque eos judices in propria causa, ut Doctores observant ad *l. Et Tiberius. 41. de Her. inst.* oportet esse, ut in ista *l. 41.* prævivit exemplo Tiberius: quod ita boni Principes exercuerunt, ut se legibus subjicerent, iisque sese alligatos ultro faterentur, *l. 4. C. de LL.* imo etiam minus sibi quam privatis indulgerent, ut in *§. ult. Inst. Quib. mod. testam. infirm.* specimen dedere, quando Principem negant heredem litis causa institutum, hereditatem agnoscere debere, quod privatis liberum est admittere, *l. 8. §. 3. de Alien. jud. mut.* Quo autem species omnis præjudicii tollatur, hodierni Principes & summæ Potestates recte consulunt, quod suas causas apud supremas Curias, in quibus cunctis jus dicitur, agi, & judicari permittunt, earumque se judicatis submittunt; scilicet, in negotiis, quæ tanquam membra communis societatis, non ut Rectores Civitatis, habent controversia, sed quatenus sæpe dubium est, cujus generis sint quæ vertuntur, hac parte rursus ipsos oportet esse judices, quia res alium non capit exitum: sic tamen, ut in dubio rem potius ordinariis delegare judicibus, quam suo arbitrio vindicare debeant, quo minus a contractibus cum Principe ineundis cives absterreantur.

8. Secundum proprias causas, nemo quoque Pater in causa filii judex admittendus est. *Qui jurisdictioni præest*, ait Ulpianus, *neque sibi jus dicere debet, neque uxori, neque liberis suis, neque libertis, vel ceteris, quos secum habet, l. 10. de Jurisd.* Contra sentire videtur Africanus; In privatis, inquit, negotiis Pater filium, vel filius Patrem judicem habere potest, *l. 77. h. t.* Cujacius *tract. ad Afric. 3. Hæc non sunt contraria*, inquit; *potest, sed non debet*; *rectius enim fecerit, si in re Patris aut filii abstinuerit munere ju-*

* Permittit tamen *Ord. Proc. Sax. Tit. 2. §. f.* iis, qui cum jurisdictione investiti & Actuario instructi sunt, qui in præsentia subditorum ad acta juravit, subditos coram suo convenire judicio. ‡ vid. Carpz. *l. 2. Resp. 14.* Id. *P. 1. C. 5. d. 16.* ubi suspicionis vitandæ causa, acta ad Collegium Jurisprudentum transmitti fas est, Carpzov. *ad Proc. tit. 3. art. 4. n. 107.* Menck. *ad Ord. Proc. Sax. tit. 2. §. 9.*

‡ Coram tali judicio rite constituto, Dominus sua sub ista jurisdictione sita bona valide oppignorat, contrahit, renunciat, testatur, subditos suos in personalibus, realibus, & feudalibus causis convenit, ita tamen, ut Justitiarius in causis alicujus momenti ex sententia JCtorum jus dicat. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 2. §. 3.*

(g) *Pos. 14. seq.*

dicandi: uno verbo jus, altero honestas significatur. Quid ergo cives? Hi pati *debent* judicem adversarium? Quin potius, ut hi non *debent*, ita nec judices *debere* intelliguntur, & debendi verbum, si aliquando quod *decet*, sæpe quod *oportet* significat; maxime cum lex aliquid debere fieri, aut non *debere* præscribit. Ulpianus idem, qui legis 10. auctor est, *Qua quisque actione*, ait, *agere volet, eam edere debet*, *l. 1. in pr. de Edend.* & quidem *cogitur* edere, *l. 4. pr. §. 2. & per tot. d. tit.* Quod si unquam *debendi* verbum necessitatem inferat, heic res & publicæ disciplinæ vigor eam exigit interpretationem; ne Pater in causa filii judex, si maxime non tam quod debet, quam quod potest, sequi velit, admittatur. Sed igitur quid de textibus fiet conciliandis? Verba *l. 77. in privatis* negotiis, suggerunt aliud respondendi medium, inter publicas & privatas causas, ut in his liceat Patri esse judici, secus ac in publicis. Quam differentiam, ait Cujacius *d. l.* Græci Interpretes hac ratione confirmant; quod si quid in privatis judiciis petendum sit, emendari id facile possit, remedio appellationis; in publicis multa interveniant, quæ corrigi, postquam facta sunt, nullo modo possint, veluti *carceres, tormenta, catenæ, verbera*, vel ut ipsorum verbis utar, ἐτασμοὶ, ἀποκλεισμοὶ, φυλακισμοὶ, *l. ult. C. de Abolit.* quæ indignum sit, a filio pati Patrem. Sed hæc ratio non efficit, ut justum aut tolerandum sit, quo Pater in causa filii, aut vice versa, invito adversario, filius in causa Patris judex adhibeatur. Ergo ad alia.

Verba *l. 10. de Jurisd.* suggerunt distinctionem inter *jus dicere, d. l. 10.* & *judicare, l. 77.* Esse discrimen inter hæc duo, non est quod negemus, sed huic conciliationi, ut nobis videtur, adversum. Qui jus dicit, non fert sententiam, qui judicat, contra; ut ex iis constat, quæ de jurisdictione officioque Prætoris, & judicum datione, pridem intelleximus. Atqui sententiam ferre Patrem in causa filii, id est gravissimum; Jus dicere, si judex datus vir bonus sit, tam gravis præjudicii non est. Quod si igitur jus dicere Pater in causa filii non debet, judicare multo minus debebit; neque ita debet, ut nec possit, ex sententia Papiniani; *quæ contra bonos mores fiunt, ea nec facere nos posse, l. 15. de Cond. inst.* Dissent. Goveanus *ad d. l. 10.* Duarenus *1. Disp. 51.* Baro, Faber, Vultejus, Merillius, Costalius, Bronchorstius, citati a Wissenbachio *ad tit. de Jurisd. th. 41.* Superest distinctio inter jurisdictionem contentiosam, de qua loquatur *l. 10.* atque voluntariam, de qua *l. 77.* cujus auctores sunt Hotomann. Corasius *ad d. l. 10.* & Gothofredus *ad l. 77.* ita ut hæc de voluntaria, Lex 10. de contentiosa accipiatur; Certe ratio, quæ patrem vetat esse judicem, cessat in voluntariis; sed verba, *in privatis negotiis*, ad rem familiarem & patrimonialem pertinent; cujusmodi res non sunt, emancipatio, adoptio, manumissio, quæ ad voluntariam jurisdictionem referuntur; in patrimonialibus regnat inprimis contentio; atqui in his indicat *l. 77.* Patrem posse judicem dari. Wissenbachius noster, *hæ conciliationes*, inquit, *infirmiores sunt, quam ut arietem sustinere valeant. Mihi etiam in hac quæstione JCti dissensisse videntur.* Scilicet, antinomiam statuere est regia conciliandi via. Sed hanc probat antinomiam esse, ex *l. 6. de Recept. arb.* ubi, *nam & judicare eum* (Patrem) *posse, plerisque placet.* Ait, plerisque: *fuerunt ergo, quibus hoc displicuit.* Sed audiamus integrum locum, qui mihi conciliationem suppeditare videtur. Gajus, *Quin etiam de re Patris dicitur, filiumfam. arbitrum esse; nam & judicem eum esse posse, plerisque placet.* Arbiter non nisi partium compromisso statuitur; adeoque si arbiter in causa filii Pater accipiatur, eum adversario consentiente acceptum esse, manifesta res est. Hoc, volente adversario; si contingat aliquem eo usque suæ fidere causæ; fieri non est iniquum, quippe volenti non fit injuria. Probat autem JCtus hanc positionem de arbitrio, ex simili de Judice, quæ nullam consequentiæ habet speciem, si non idem hic fundamentum judicis admittendi subsit, adeoque si non Pater etiam volente adversario, judex in causa filii addictus fuerit. Hoc igitur Gaji responsum, inter Ulpianum & Africanum videtur esse *medium* conciliandi. Non debere, nec posse Patrem in causa filii, nec filium in causa Patris esse judicem *l. 10.* nisi ut arbiter esse potest, hoc est *adversario consentiente, d. l. 77.* Quod ut in ipso textu non habeatur, sufficit aliunde constare. Tu dices, si hæc conciliatio est vera, non est verisimile, fuisse qui discreparent; quales tamen Gajus exstitisse non dissimulat, cum ait *plerosque.* Responsio est, imo fuisse causam dubitandi ex eo, quod Arbitria ex solo partium consensu proficiscuntur, ideoque nil erat insolens ibi Patrem admitti; sed cum in judiciis publica sit auctoritas, eaque magis ad exemplum pertineat, haud immerito dubitatum est, an ibi tale compromissum de Patre judice, recipi conduceret;

duceret; quod tamen prævaluit. D. Thomasius suam sententiam his verbis opposuit; ad quam, priora qui legit, responsionem non desiderabit.

SCHOLIUM.

Non desunt tamen, qui Judicem in propria causa non admittunt, etiamsi pars altera consentiat, vid. Mag. Dn. Ziegl. d. l. concl. 12. §. 12. *quod forte de Judicibus hodiernis non male asseritur. At quoad priscos Romanorum mores, posses etiam per distinctionem inter judicem & Jus dicentem*, d. l. 77. cum d. l. 10. *conciliare.*

N. ADDIT.

Putat Autor, responsionem hic non desiderari, si quis priora legerit, ubi sic argumentatus est. Si pater jus dicere in causa filii non debet, judicare multo minus debebit, quia scilicet tam gravis præjudicii res non est jus dicere, gravissimum autem, ferre sententiam. Ego vero argumentum inverto. Jus dicens dirigit processum, & secundum ea, quæ ex doctrina de officio Prætorum & Judicum pedaneorum secundum jus Romanum nota sunt, judicii formulam præscribit, ad quam hic judicare obstrictus & quasi formulæ alligatus erat. Ergo ex dictis facile constat, Patrem, si Prætor esset, directione hac sua magis præjudicium creare posse adversario filii, quam si sit judex pedaneus.

9. Cæterum, prædicta *Lex 10.* non modo Patrem in causa liberorum, sed & maritum in uxoris causa, & Patremfamilias in rebus eorum, qui subjecti sunt illis, judicare prohibet, in verbis, *neque libertis suis, vel cæteris quos secum habet.* Imo generaliter, in quibus casibus aliquis prohibetur esse testis, in iisdem, & quidem strictius, vetatur esse judex, ut videbimus *ad tit. de Testib.* quorum affectionem tam peremptoriam non esse quam judicum, res ipsa loquitur. Quousque tamen ratione sangvinis aut affinitatis hæc prohibitio extendatur, Legibus expressum non memini. In nostra Curia suprema *Legibus Amplissimi Ordinis* ad tertium usque gradum, tam ratione sangvinis, quam adfinitatis, producitur, idque more veteris observantiæ, secundum calculos juris Canonici, quo tertium juris civilis gradum esse constat sextum; adeo ut Consobrinorum liberi a causis suorum παραλλήλων arceantur, idque religiose custoditur, ut non modo judicandi officio, sed etiam a conscientia excludantur.

10. Finitur officium Judicis aut generaliter, vel respectu singularum causarum. Generaliter morte sine dubio, quæ est ultima linea rerum, maxime personalium functionum. Deiu *tempore* præstituto, si judex ad tempus sit datus, *l. 32. h. t.* Tertio, *excusatione a judicandi munere*, causa cognita, rogatu ipsius, *l. 76. in pr. h. t. tot. tit. ff. de vacat. & excus.* Respectu singularum causarum desinit esse Judex: 1. Recusatione suspecti, de qua *inferius*. 2. Interdicto ejus, qui causam delegaverat, *l. 12. in pr. h. t.* 3. Excusatione ejusdem ob justas impedimenti causas, *l. 18. in pr. eod.* 4. Sententia lata, *l. 55. de Re Jud.* Si successorem acceperit is, qui judicem dederat, an datus desinit esse judex? Negat Paulus in *l. 49. §. 1. de Judic.* ubi, *judices a Præside dati solent etiam in tempus successorum ejus durare, & cogi pronuntiare.* Opponitur Ulpianus in *l. 13. §. 1. de Jurisdict.* cujus auctoritate se non moveri, sed a Pauli partibus stare, profitetur Anton. Matthæus *disp. 3. de Judic. th. 17.* Proinde agnoscit dissensum & antinomiam, quod, si necesse non sit, effugere malo. *Magistratus*, inquit Ulpianus in *d. l. 13. §. 1.* vel *qui in potestate aliqua sit, judicare jubere eo die, quo privati futuri essent, non possunt.* Hoc agere, id operam dare non potest Magistratus, ut expresse in illud tempus det judicem, quo ipse jus dandi non sit habiturus; ut tunc initium habeat judicis ab se dati officium, quo ipsius potestas auctoritatem ei nullam præstare potest. Verum simpliciter datus judex ab eo, qui jus dandi habet, si nondum absolverit disceptationem, cum is, a quo datus est, abit Magistratu, licet ejus quoque delegatio finita videatur, tamen non solet ab officio depelli, sed hoc jure utimur, ut nihilominus judicare cogatur. In his nulla contrarietas.

11 (h) Secundum Judicem Actor & Reus considerantur. Actor autem est, *Qui ad judicium provocat*, Reus, *qui provocatur*, ‡ *l. 13. in fin. h. t.* Nomen actoris ab agendo esse constat; non ab

‡ Hunc actorem nominando litem declinare posse, manifesti juris est modo in nostra Saxonia hoc fiat initio statim, & ante primum terminum sub pœna V. & X. thalerorum, quo facto, si actio in foro rei sita est instituta, nominatus statim est citandus, sin in foro domicilii lis mota, actor ad nominati ordinarium forum est ablegandus. Negante nominato, rem ad se pertinere, nominans rem extemplo actori resti-

(h) *Pos. 17. & seqq.*

agen-

agendo, id est, cogendo in jus, ut Theophilus, *παρὰ τὸ ἄγειν τοὺς ἀγνώμονας εἰς τὸ δικαστήριον, ab agendis adversariis in jus, ad pr. Inst. de Action.* verum ut Actores Causarum dicuntur apud Ciceronem in *Bruto.* Horat. *in Art. Poet.* Valer. *l. 8. c. 7.* nisi quod illi causarum *alienarum actores* ita vocant, cum in Jure notissima consvetudine is Actor vocetur, *qui suam causam agit, d. l. 13.* Reus a Re dictus est, & Rei, quos inter res sive negotium intercedit, *quorum de Re agitur*, ut Cicero 2. *de Orat.* tradit, sive is agat, sive cum eo agatur. Hinc duo rei, tam stipulandi quam promittendi, *in tit. Inst. & ff. de duob. reis.* Sed ut is, *unde petitur*, Reus appelletur, usu receptum est frequenti, tam in civilibus quam Criminalibus causis: unde Reus fieri, inter Reos, id est *accusatos*, referri notissima locutio: quam heic sequimur; ut Actor sit, qui agit, & Reus, qui convenitur, estque in omni judicio necessarium, ut alter Actoris, alter Rei locum teneat: Unde quæsitum, in duplicibus judiciis, in quibus utriusque partis eadem ratio est, uter Actor, uter Reus sit habendus? & placuit, eum esse actorem, qui prior ad judicem provocasset; quod si contingeret, ab utroque simul, ut in pari causa, factum esse, quia tamen forma judicii non constat sine distinctione Rei & Actoris, necessario ad sortem recurrendum est, ut docetur *in l. 13. & 14. h. t.* Sunt autem duplicia judicia hæc; Finium regundorum, familiæ erciscundæ, & Communi dividundo; quanquam in hypothesi, illa non semper duplicia instituuntur, ut in loco videbimus.

12. Commune requisitum Actoris & Rei est, ut habeant legitimam personam standi in judicio. Qua nonnulli plane carent, tam ne Rei, quam ne Actores fiant; aliqui licet agere nequeant, Rei tamen fieri possunt. Plane prohibentur sine dubio servi, tam respectu aliorum, *l. 44. §. 1. h. t.* quam respectu Dominorum, paucis exceptis casibus, qui sunt in *l. 53. h. t.* Ratio est in *l. 32. de R. J. Quod attinet ad jus civile, servi pro nullis habentur.* Plane etiam persona standi in judicio carent pupilli & minores annis XXV. sine Tutoribus & Curatoribus suis, *l. 1. & 2. C. Qui legit. person. stand. in jud.* (i) adeo ut sententia contra minores solos lata, sit ipso jure nulla, nec restitutionis indigeat, *l. 5. C. Si advers. rem jud.* quæ res cum in favorem minoris ætatis introducta sit, in eorum præjudicium verti non potest; Ideoque si minor annis XXV. sine curatore sententiam obtinuerit, eam valere non dubitatur, *l. 14. C. de Procur.* ubi uxor minor sine Curatore marito suo mandatum dederat; scilicet pro juris Romani ratione, quo Vir non potest esse Curator uxoris suæ. Pontifices in jure suo causas matrimoniales, tanquam spirituales, in quibus Curatore nihil opus sit, exceperunt. *cap. an. num. & ibi gl. de jud. in 6.* Gail. *obs. 108. n. 9.* Quam exceptionem juris civilis rationi convenire, negat D. Matthæus *de Judic. 3. 22.* eamque rejecerunt Supremi Frisiæ Δικαστπόλοι, apud Sandium 1. *tit. 3. def. 2.* Atqui minor sine Curatoris consensu potest nuptias contrahere, *l. 8. C. de Nupt.* quid ni igitur nuptiarum causa in judicio consistere? dicat aliquis. Imo Judicii longe alia est ratio, propter *ἀμβολιεργίας* & *μεθοδείας*, circuitus & fraudes, quibus ætas imprudens facile capitur. Etiam delicta contrahere possunt minores sine Curatoribus, & tamen sine illis in criminalibus judiciis non consistunt, *ne ex sua imperitia vel juvenili calore, aliquid vel dicant, vel taceant, quod si fuisset prolatum, vel non expressum, prodesse eis poterat & a deteriore calculo eos eripere, l. 4. C. de Auctor. Præst.* Hac de re Thomasius adjecit

SCHOLIUM.

Id est, nec actores esse possunt minores, nec rei, sine curatorum auctoritate, d. l. 4. *Moribus nostris uti processus ordinarius in criminalibus rarius frequentatur, ita si minores tamen accusare velint, haud dubie idem obtinebit.* Carp. Prax. Crim. quæst. 204. n. 25. *At si rei sint, curator non admittetur.* Brunnem. ad d. l. 4.

13. (k) Quod de pupillis & minoribus est dictum, sine dubio locum habet in omnibus, qui sub Curatoribus sunt constituti, quales prodigi & furiosi, *arg. l. 3. C. de Rest. minor.* etiam in mulieribus nuptis, hodiernis moribus, ubicunque mulieres in Cura virorum habentur, quod pleraque Europa videmus esse receptum, etiam apud nos: ut in judicio, nec quando agere instituunt, nec ubi conveniuntur, sine Viris consistere possint, exceptis tamen aliquot casibus; Quorum primus est, si Vir absit, nec ejus copia haberi possit; tunc etiam intervenire pro marito iis permittitur, ut docet Sandius *lib. 1. tit. 5. def. 1.* &

tuit, & si dolose versatus fuerit, refusione expensarum & pœna arbitraria coercendus est. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 14. §. 3.*

(i) *Pos. 19. 20.* (k) *Pos. 21.*

posteæ

postea, mulieres, quorum Viri trans mare, incertum an unquam redituri, aberant, sine Curatoribus ad agendum & contra, admissas fuisse, memini haud semel. Præterea, quemadmodum minores, qui veniam ætatis impetrarunt, per se in judicio consistere possunt, *l. 10. in fin. C. de Appell.* sicut omnia, præter alienationem immobilium, gerere possunt, *l. 1. & 3. C. de his, qui ven. at.* ita mulieres, quarum Viri cura se abdicaverunt, vel ea judicis officio privati sunt, sine Viri conjunctione, tam extra, quam in judicio, agunt atque experiuntur; quemadmodum etiam, quoties adversus virum judicis officium implorant, vel in judicio contendunt, sine maritis consistunt: tametsi usus Fori nostri sic ferat, ut tum mulier Curatorem litis adsciscat.

14. Sed usu venit, ut ambigeretur, an ejusmodi matrona, quæ adversus maritum suum judicio contendit, ex ratione Juris, egeat auxilio Curatoris ad litem. Etsi enim de præsenti usu fori constet, tamen id disputare non est de nihilo, quatenus satis constat, *omnem fori praxin in theoretica principia esse resolvendam.* Existimo, hunc usum Curatoris ad litem, contra stylum fori veterum, jurisque ingenium, esse introductum. Constat, jure Civili mulieres æque sui juris esse, quam sunt Viri: perpetuamque mulierum tutelam, in qua olim erant mulieres, non esse cognitam, in jure Justiniani. Hodierno jure, quod a Saxonibus fluxit in mores Gentium, mulieres nuptæ sunt in Cura Virorum: Innuptæ, seu virgines, seu viduæ Patria potestate vacuæ, nulli subjiciuntur Curæ. Sed mulieres, quarum Curæ mariti renuntiarunt, ut eos facere posse certum est, quod *in loco* dicendum, vel quæ a judice Cura sunt liberatæ, non habent maritos Curatores, ut manifestum est. Nec minus, quod litigantes cum uxoribus Viri hac parte non sint earum Curatores, neque pro talibus se gerant: Atqui Cura maritalis non aliter habet effectum, quam si Viri se gerant ut Curatores, ait *Stat. Fris. 1. c. 2. §. 1.* Præter Virum autem, nec Jure communi, nec municipali, mulier ulli Curæ subjicitur. Cœlibes fœminæ, cunctis fatentibus, habent personam standi in judicio; nuptæ secus, propter curam maritalem: Hac remota, nihilo plus Curæ super illas constitutum est, quam super virgines & viduas; Hæ non accipiunt Curatorem ad litem; Ergo ne quidem nuptæ in casu cessantis officii maritalis. Hanc sententiam ita quoque repperi in notis manuscriptis ad Statuta Frisiæ, adjecto nomine *Saekma*, quem *Theodorum* esse, liquet ex adjecto anno 1655. die 29. *Januarii*, in causa *Annæ Luytiens* contra *Gerbrandt Cornelis*, & sæpe deinceps, ut ipse de sua in Senatu experientia testatur; addens, nullum posse contrarium exemplum proferri: quamvis ita nunc in tritura præsenti inolevisse videatur.

15. (1) Hactenus de personis, quæ nec ut Actores, neque ut Rei, in jure judicioque stare possunt. In filiosfamilias non eadem est in agendo, quæ in defendendo ratio. Nam reus esse potest indistincte. *Tam ex contractibus, quam ex delictis, in filiumfamilias competit actio*, habetur *in l. 57. de Judic.* Item, *Filiusfam. ex omnibus causis tanquam paterfamilias obligatur, & ob id agi cum eo, tanquam cum patrefamilias potest, l. 39. de O. & A.* Ita generalis hæc observatio est, ut tamen Pater excipiatur; *nec enim Lis ulla nobis esse potest cum eo, quem in potestate habemus, nisi ex castrensi peculio, l. 4. h. t.* Reus igitur filiusfam. liquido esse potest. De jure agendi sic ait Paulus: *Filiusfam. suo nomine nullam actionem habet, nisi injuriarum, & quod vi aut clam, & depositi, & commodati, ut Julianus putat, l. 9. de O. & A.* Hinc duæ positiones; 1. Filius suo nomine nullam actionem habet. 2. Exceptis illis paucis, quas etiam suo nomine movere potest: quibus addere licet, quaslibet actiones e contractu vel delicto filium movere posse, *utiliter*, si Pater absit, nec sit qui Patris nomine agat, *ne filius impune fraudem patiatur, l. 18. §. 1. h. t.* quod etiam ad casum furoris vel dementiæ producitur in *l. 15. §. 10. de Injur* Sed jure novo filiusf. m. auctus bonis adventitiis, de illis etiam agere potest, non tamen aliter, quam volente Patre; nec etiam hic invito filio; quemadmodum adventitii peculii, lege recentiori, factam esse communicationem novimus. Et quoniam novissimis Constitutionibus bona quædam adventitia dantur, quorum jus plenum liberis in potestate constitutis defertur, statuendum videtur, in his etiam habere filiumfam. personam standi in judicio: Ita enim plane volunt, quæ de his bonis scripta sunt, cum alibi, tum in *Nov. 117. c. 1. §. 1.* ubi filius quovis modo de illis bonis, διοικεῖν, disponere posse traditur; quæ verba ut testamentariæ dispositioni excludendæ non sufficiunt, ita standi in judicio facultatem omnino tribuere videntur; utique de profectitiis nihil mutatur jure Codicis, & tu

(1) *Pos. 22. 23.*

& tu de utrisque vide *l. ult. fin. pr. & §. 3. C. de bon. quæ lib.* Denique, in Castrensibus & quasi-Castrensibus olim quoque pro patrefamilias est habitus, ut actiones instituere posset, non modo adversus exteros, sed etiam contra Patrem, *l. 4. h. t.* quod recentiori jure neutiquam mutatum reperitur. Adde Struv. *exerc. 9. th. 6.* Strauch. XXI. 12. *ibique* Thomasium *pag. 285.*

16. (m) Absolvit hunc locum clausula generalis, *quod qui postulare prohibentur, etiam persona standi in judicio careant*, D. Matth. 3. *de Judic. 24.* quæ tamen, an satis conveniens sit, nescio: Agimus enim de iis, qui saltem per Procuratorem consistere suoque nomine agi jubere possunt; quales etiam fœminæ, cœci, infames, quin & muti atque surdi, si quidem non sine Curatoribus, quos non accipere invitos, diximus alias, agere inveniantur. Relinquamus igitur, sultis, postulare prohibitos suo loco, pridem a nobis transmissos; & addamus hoc ἐπίμετρον: Eos, qui persona judicii Legitima sunt præditi, conveniri sane invitos etiam, sed ad actoris partes neminem cogi, *l. un. C. ut nemo invit. ag.* Verum in foro notissima est agendi ratio ex *L. diffamari.*‡ *5. C. de ingen. manumiss.* Quando quis aliquid in alterius præjudicium personæ vel rei, quod non sit injuria, prædicat aliquid & sibi arrogat, ille potest ad judicem vocari, *ut actionem suam instituat, aut perpetuum sileat.* Si fatetur, se prædicasse quod arguitur, (*diffamationem* vocant,) recipit in se partes agendi, & jus suum probandi. Si negat diffamationem, fit *Processus:* & si alter probet, illum in suum reive suæ præjudicium esse locutum, fit condemnatio ad actionem intra certum tempus instituendam, vel perpetuo tacendum. Hæc methodus ex *d. l. 5.* difficulter erui posset. Nam ibi diffamatus est Actor, neque plane fit Reus; sed vocat diffamantem, ut *contradictionem faciat, si defensionibus suis confidat*, ait Textus. Quod si diffamator non veniat, neque contradicat, aut se defendat, tum Præses Provinciæ, *commotus allegationibus* Actoris, *dat sententiam*, ne diffamatus *inquietudinem sustineat:* quasi per contumaciam rei diffamatoris. Atqui in foro diffamatus, est Actor quidem, ut alter actionem suam instituat vel sileat, verum in ipsa controversia, diffamatus est reus, & diffamans Actor; quod non est ita in *d. l. 5.* Proinde hæc regula; *Nemo invitus actoris partes suscipit*, ex ea non recipit exceptionem. Rationes, quibus utuntur Impp. non abhorrent quidem ab ejusmodi jure constituendo, quemadmodum hodie stabilitum est: sed ipsi id ita non constituerunt. Doctores, qui sæpe sunt boni juris condendi Auctores, etiam, quando juris conditi sunt mali interpretes, ejusmodi consequentias nectere amant; ut est in hoc quoque specimine; Dicunt, fidejussorem posse aliquando cogere Creditorem, ut debitorem conveniat ac ita se invitus actorem ferat; ideo quod debitor nunc solvendo sit, qui deinde solvendo esse desinere possit, quo casu fidejussor teneretur. Hoc remedium petunt ex *L. contendat. 28. de Fidejussor.* ‡‡ cujus ea sententia non est; ut videmus *ad tit. de Fidejuss.* In multis tamen foris usurpatur, teste Zangero *de except. P. 3. c. ult. n. 208.* Carpzov. *3. Respons. 64. num. 8. 9. 10.* De remedio Legis *diffamari*, vide Gailium *1. observ. c. 9. & 12.* Perez. *ad tit. C. de ingen. manum. n. 6. & seqq.*

‡ Provocaturus ex hac L. aut documentorum ad probandam diffamationem facientium exempla judicialiter vidimata, aut rotulum testis jurati judicialiter confectum judici offerat, in termino, negante provocato diffamationem, originalia producat, aut altero teste destitutus suppletorie juret; provocatus confessus, aut ut modo dictum, convictus, vel statim jurisjurandi delatione, aut sua probatione utetur, vel ut causam principalem intra terminum Saxonicum instituat, sibi injunctum iri sciat. *O. P. S. E. 1. & E. Tit. 5. §. 5.* Provocatus non comparens, aut responsionem detrectans in termino, sub pœna perpetui silentii in proximo termino comparere & respondere jubetur; iterum contumax ad perpetuum silentium cum refusione impensarum condemnatur. Diffamatus ad instrumenti guarentigiati, a diffamante judicii principalis causa producendi recognitionem, legitime, & ut citationis eo nomine insinuatæ dies a die termini saltim 4. hebdomadibus distet, citatus, in isto termino instrumentum sub pœna recogniti recognoscere tenetur; omnis etiam lis, cum ex L. diffamari tum ex L. si contendat, in foro, quod in causa principali est competens, instituatur. *d. Tit. §. 6.*

‡‡ Provocatus ex hac L. non comparens aut non respondens, iterum citatur sub pœna amissionis Replicæ suæ; iterum contumax in istam pœnam cum refusione expensarum condemnatur. *O. P. S. E. 1. & E. Tit. 5. §. 7.*

(m) *Pos. 24.*

PAR-

PARTES JUDICII.

XVII. Ambitus Judicii, & distinctio partium in necessarias & non necessarias; quæ ante litem contest. sint partes necessariæ. XVIII. De recusatione Judicis suspecti. XIX. De causis suspecti Judicis. XX. Cætera, quæ sunt ante litem contest. XXI. De ipsa litis contestatione, ubi facta fuerit apud Prætorem, an Judicem. XXII. Quid hodie, Quatenus & an super Exceptionibus fiat litis contestatio, & an valeat divisio litis contestat. in affirmat. & negat. XXIII. Effectus litis contestationis, qui a mala fide pendent. XXIV. Alii, qui a Novatione. XXV. Partes Judicii, post litem contestatam. XXVI. De interlocutione probandi causa. XXVII. De instantia.

17. HUc (n) usque fuit exegesis definitionis; sequitur distributio Judicii in partes quasi integrantes, quæ distinguuntur in Essentiales & Accidentales, ut more scholæ loquamur, vel potius in necessarias & non necessarias: utræque tam ante quam post litem contestatam: utimur enim hic significatione Judicii generali, ut incipiat ab in jus vocatione, & desinat in executione. Proprie alioquin & stricte, Judicium a litis contestatione inchoari, & sententia finiri, non ignoramus, eoque sensu Jus & Judicium inter se opponuntur, ut Jus ante litem contestatam, Judicium post eam intelligatur, in *l. 15. Rem rat. hab. l. pen. de Just. & Jur.* quanquam & latioris Judicii sensus *l. 1. §. 3. de Administr. Tut.* ubi, *in Judicium*, quod aliter est *in Jus* vocare, obvia sunt exempla, in *l. 1. de in jus voc.* Ita, *vocatus in judicium, l. 28. in pr. d. tit. de Administ. T.* Item *l. 3. in pr. de eo, per quem fact. l. 2. §. 2. Qui satisd. cog.* Dix. *ad tit. de in jus voc. n. 2.* Partes essentiales Judicii ante litem contestatam sunt, In jus vocatio, Actionis editio, Judicis datio; de quibus ante hac, quod satis fit, distinctis capitibus actum fuit. Est adhuc necessaria pars, etsi forte non essentialis, postulatio viatoris sive executoris ad libellum reo deferendum, *N. 53. c. 3. N. 79. c. 3. N. 96. N. 112. c. 2.* item Cautio Actoris de lite cis duos menses contestanda & ad litis exitum continuanda, *Auth. libellum C. de lit. contest.* item de decima litis, si victus fuerit, præstanda, *Auth. generaliter. C. de Episc. & Cler.* dum Reus cavet judicio sisti, *Nov. 53. c. 3. N. 112. c. 3.*

18. Partes accidentales, neque semper necessariæ ante litem contestatam, sunt hæ. I. Recusatio judicis suspecti, *l. 16. C. h. t.* cujus rei post litem contestatam nulla datur licentia, *d. l. 16. Nov. 53. c. 3. in pr.* nisi novam contingat emergere causam, uti jure Canonico definitum est, *C. insinuante. de off. deleg. C. inter monast. de sent. & re jud. cap. super eo de Appell.* quod ut a consuetudine juris civilis non abhorrens, Interpp. adoptant, & sequitur forum, Cujac. *9. obs. 23.* Donell. 17. *comm. 25.* Covarr. *pract. quæst. 26. n. 2.* Potest autem recusari quilibet judex, tam ordinarius quam delegatus, etiam a Principe datus, *d. l. 16.* etsi forte datus sit hoc modo, ne refutari possit, ut recte Zasius ad *d. l. 16. n. 22.* Mynsing. *cent. 3. obs. 63.* Gail. *1. obs. 33. n. 4. & seqq.* a quibus recedit D. A. Matthæus 7. *de Jud. 12.* secutus Accursium & Azonem, eo quod Princeps judicem dare possit ita, ne ab eo provocetur, *l. 1. §. ult. a quib. appell. non lic.* Sed pro communi potest dici, illas res separatas videri: nam quod provocari nequeat, hoc utrique parti perinde est, neque spes æquæ sententiæ deest; cum si judicem suspectum pati necesse sit, alterutri parti nihil æqui sperare liceat, quod est contra φιλανθρωπίαν & humanitatem Principum, qui rescripta sua contra jus data fidem auctoritatemque facere nolunt, *l. 3. C. de Precib. Imp. off.* Cognitio suspecti judicis tribuitur in Provinciis Præsidi, aut defensori, vel Duumviris civitatis, *l. ult. C. de Jud.* adjuncto Archiepiscopo vel Episcopo, *Auth. si vero contigerit. eod. tit.* In urbe res ad eum, qui dedit Pedaneum, vel ad superiorem pertinere videtur. Moribus hodiernis, ad Collegas recusati spectat hæc cognitio; quando plerumque plures habentur judices; nam integrum Collegium vix est, ut recusare licet, Gail. *1. obs. 33.* nisi forte non prorsus id negandum sit, ut putat D. Matthæus *d. disp. 7. th. 14.* potest enim fieri, ut omnibus suspicio congruat, vel unius alteriusve suspecti potentia tam prævalida sit, ut reliquis præstringat: sicut apud nos Prætores in agris, qui cum duobus aut tribus plerumque sibi obnoxiis, judicium constituunt, ideoque Prætore suspecto, recusare collegium totum, forte non videretur absurdum.

19. Cæterum, causas recusationis specialiter exprimendas esse, non potest dubitari, cum aliter de meritis earum judicari nequeat; etsi, ut de re

(n) *Pos. 26. & seqq.*

satis dubia, loquitur D. Matthæus *d. disp. 7. th. 15.* Vide lis *l. 9. fin. pr. de liber. cauf. l. ult. C. de Judic. Nov. 82. c. 8.* Cujac. *1. obf. 23.* Est, ubi litigantium jurejurando creditur, si judicis iniquitatem *perhorrescant.* Unde juramentum *perhorrescentiæ*, de quo extat Viri Cl. *Gerardi Feltmanni* commentarius: Sed hoc ut jure civili incognitum, ita cum requisito specialis causarum enumerationis, earumque examinis, non convenit. In nostro Foro libellus supplex offertur Curiæ, quo petitur, redditis causis, ut ille aut ille, propter cognationem & adfinitatem, de qua *supra*, ob inimicitiam aut amicitiam cum adversario, quod ipsius intersit, quod antehac in eadem causa dixerit sententiam, similemve, excusetur. Quæsitum memini, an, quod Judex suam sententiam super aliqua Juris Quæstione publico scripto exposuisset, ejusmodi quæstione incidente, posset recusari? Suprema Curia judicavit, non posse; cum ex facto evenisset, me, oblato libello, recusari; quod alicubi scripsissem, *posterius testamentum rumpere posse prius, clausula derogatoria munitum, si testatorem ejus pœnituisse constaret.* Si hæc recusandi ratio sufficeret, nemo Judex in eodem genere causarum bis sententiam dicere posset. Cognati etiam ejus, qui de causa aliqua in hypothesi, quid sibi videretur, dixit, aut Advocatus fuit, non arcentur; adeoque nec Pater Advocati in causa recusari potest, ut Curia Frisica non semel censuit, cum Senator *Ulenburgius* in causis filii Advocati, & D. Nys respectu generi Advocati, recusarentur, teste D. Nauta *decis. 106. M. S.* etsi de hac quæstione alioqui non conveniant Dd. & contrariam opinionem putet veriorem D. A. Matthæus *d. disp. 7. th. 19.* Ordd. Holl. 23. Mart. 1669. statuerunt, Nullos judices esse posse Relatores, in causis, quibus eorum liberi, generi, fratres, & sororum mariti, Advocati vel Procuratores essent. Nec tales apud Commissarios agere posse. Nescio, an etiam de eo convenirent Dp. quod idem *Nauta* testatur, censuisse Curiam, in publicis causis, nominatim, ubi de jure munerum publicorum agitur, non posse cognatos recusari, ut suspectos, *arg. l. 5. Quod cujusque universit. nom.* ubi in creando Syndico, *Patris suffragium filio, & hujus prodesse Patri*, adfirmatur. Exemplum; *Anno 1636. mense Septembri* creatus erat, discrepantibus suffragiis, Ordinum Fris. Deputatus D. *Anchises ab Andala* & introductus fuerat. Sed qui dissentiebant ingressi Curiam, sella, cui insidebat, vi subtracta, eum per gradus deturbarunt aliumque superinduxerunt. Querela ad supremam Curiam de vi publica delata, recusatisque dejecti cognatis Senatoribus, Curia censuit, eos in hac causa consistere posse; quod non putasset, opinor, si *Andala* pro se injuriarum egisset. Præterea, non habetur pro justa recusationis causa, quod Judex de alia Re litem habeat patrimonialem cum altero litigantium, si nulla eum præsenti causa connexio, nec acrior sit contentio, quæ iniquioris animi præbeat argumentum, ut similiter Curiæ visum esse non semel, etiam in propria causa memini: atque ea ratione non potest judex recusari, a quo in alia causa appellatum est, *quasi ad offensum judicem non debeat experiri*, *l. un. D. Apud eum, a quo appell. al. cauf. ag. compell.* De aliis causis ad suspecti exceptionem sufficientibus, aut secus, vide *d. disp.* 7. A. Matthæi *th. 16. 17. 18.* Illud addendum; Judice recusato, Partes arbitrum vel arbitros eligere debere, coram quibus disceptationem peragant, *l. ult. C. de Judic.* Si de electione arbitrorum convenire nequeant, a Præside, vel a Magistratu municipali constituuntur, *d. l. ult.* quo remedio in Collegiis Judicum nihil opus, quia nonnullis submotis, decidendi jus manet integrum penes reliquos e Collegio, licet majorem Partem recusari contingat, ut in Supr. Fris. Curia accidit 30. Junii 1640. in causa *Rinnert Oerdtses* contra *Dr. Jacobum Hilbrants*, quando e duodecim octo sunt excusati, referente Nauta, qui unus fuit e quatuor residuis; meminique, deinceps evenisse quidem, ut ad pauciores hac via redactus sit judicantium numerus, nec ad arbitros fuerit deventum. Verum si *Commissarius* qui dicitur, suspectus sit, hujus loco alium esse surrogandum, res loquitur, & fit *omni die.*

20. *Tertium*, quod fit ante litem contestatam, est oppositio exceptionum, quibus non teneri nos ad litem contestandam, præscribimus, ut est exceptio fori declinatoria, exceptio litis pendentis, aliæque, de quibus in loco de *Exceptionibus* agendum erit: Reliquas exceptiones dilatorias, quarum oppositionem huc etiam referunt, magis ad ipsam litis contestationem spectare, probabitur *inferius.* *Quartus* locus dari potest Constitutioni Procuratoris, & interventioni defensoris, ac alterius, cujus interest, adjunctioni, de quibus ad *tit. de Procurator.* actum non agimus. Sed hoc monendum est, Constitutionem Procuratoris, ut hodie feres habent, esse partem Judicii necessariam

riam, quemadmodum ex iis, quæ ad *prædictum tit.* scripsimus, intelligi potest: etsi nec hoc prætereundum, posse utique Procuratorem etiam extra judicium creari, idque fieri ut plurimum. *Quinto* solent ante judicium fieri Citationes absentium, quæ tamen & postea sæpius repetuntur, de quibus, & quomodo ab in jus vocatione differant, ad *tit. de in jus vocando* demonstravimus. *Sexto*, fiebant ante litis contestationem Interrogationes in Jure, quæ dicuntur, de quibus est in *lib. IX.* qui nos expectat ξὺν Θεῷ. *Septimo*, fiunt aliquando sequestrationes rerum litigiosarum, quæ plerumque ante litem contestatam decernuntur; de quibus similiter *infra ad tit. Depositi*, locus erit proprius.

DE LITIS CONTESTATIONE.

21. (o) Habuimus ea, quæ fiunt ante litem contestatam. Sequitur ipsa Litis Contestatio; difficilis locus. Primo de voce; *Litis nomen omnem actionem significat: sive in rem, sive in personam sit*, ait Ulpianus in *l. 36. de V. S.* Contestari est, testibus adhibitis aliquid declarare; in *contestato* dicere, in *l. 1. §. Julianus. 12. de liber. agnosc.* Nec aliunde Litis contestatio nomen habet, auctore Festo; *Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato judicio, utraque pars dicere solet, Testes estote.* Quæ verba Wissenbachius noster haud recto cepisse videtur intellectu, *Comment. ad l. un. C. de litis cont. Si verum hujus vocabuli etymon tradit Pompejus*, inquit, *litis contestatio tantum fieri dicitur, cum propter partium controversiam opus est testibus.* Nimis procul a vero; quid enim commune testibus ad controversiam partium probatione decidendam, cum ea contestatione, qua judicium primum incipiebatur? Testes non ad probationem facti controversi, sed judicii ordinationem consignandam adhibebantur. Eo modo & partes dicuntur litem *contestari* passim, & Lis ipsa *contestari*, passive, *l. 1. in fin. de Test. l. 22. Sol. matrim. l. 3. §. pen. de sep. viol.* Lis contestata, *l. 32. de Negot. gest. l. 35. de Usur.* sed quando fieri solita sit *contestatio*, κεῖται ἐν ἀποκρύφοις, apud Prætorem; an apud Judicem datum? Primo, id satis constat, apud Prætorem causam fuisse constitutam, id est, statum controversiæ, ex velitatione, ut ita loquar, partium determinatum. Exemplum status *ad tit. Inst. de liter. oblig.* dedimus. Aliud hoc esto; Cajus occidit Mævium; Si dicat, *non occidi*; hic est status, *an occiderit.* Quod si dicat, occidi, sed insidiatorem vitæ meæ, expectanda replicatio; Si hæc sit, non struxit insidias; habemus statum, *an Mævius Cajo sit insidiatus.* Quod si dicat, non ideo tibi licuit illum occidere; status est *Juris*, an *insidiatorem liceat occidere*: cujusmodi causas Prætor remittebat ad Centum-Viros, ut Polletus probat ex *I. de Orat. Cicer. Lib. 5. Hist. for. Rom. 5.* Si status esset facti, dabat judicium publicum, in causa publici criminis; in pecuniariis Recuperatorium per judices pedaneos, teste Cicerone *2. de Invent. Is, qui agit, judicium purum postulat; ille, quicum agitur, exceptionem addi oportere.* Exemplum: Peto centum ex mutuo. Non debeo centum ex mutuo; est status purus, & judex datur hoc modo a Prætore; *Si paret, Titium debere Cajo Centum ex mutuo, judex condemna.* Quod si dicat: *pactus sum, ne petas*, erat exceptio; & formula sic exibat; *Si paret, Titium debere Cajo Centum ex mutuo, extra quam, si pactus est ne petat, judex condemna.* Ubi sic Quæstio constituta apud Prætorem erat, dixerintne tum partes, *Testes estote*, an deinde, cum ad judicem ventum, nondum satis mihi liquet. Festi verba modo posita, *ordinato judicio*, ambigua sunt: utique judicium proprie non est apud Prætorem; nisi hic recte dicatur *ordinare judicium*, eo quod causam constituit, judice addicto, formulaque præscripta. Verba Cincii, al. Titii, citata Cujacio ex Macrobio, *9. obs. 21.* hæc sunt: *Quorum negotium est, narrant; Judex testes poscit;* hæc quidem magis ad Judicem pedaneum, qui voce Judicis simpliciter dicti plerumque intelligitur, inclinant, etsi Prætorem quoque Judicem dici, non potest negari, *l. 1. & l. 81. de Judic.* Sed videamus integrum locum Macrob. *lib. 3. Veniunt in Comitium tristes, jubent dicere, quorum negotium est. narrant. Judex testes poscit. Ipsus it minctum: ubi redit, ait, Je omnia audivisse, tabulas poscit, literas inspicit. Vix præ vino sustinet palpebras.* Apparet, nisi me omnia fallunt, hunc locum a Cujacio, aliisque eum agmine sequentibus, pro litis contestatione male proferri; cum agat de testibus in media disceptatione judicii productis, atque ab ebrio judice negligenter auditis. Propius est, ut putemus, post constitutionem causæ, judicem fuisse addictum, formulamque præscriptam; inde rem comperendinatam, hoc est, judicium in diem tertium esse constitutum, invicemque factam esse denuntiationem; denique in eam rem ambos ita dixisse præ-

(o) *Pos. 30. & seqq.*

præsentibus; *Testes estote;* quæ sic erat *Litis contestatio.* Asconius *in de Prætur.* *Cum in rem aliquam agerent Litigatores, & pœna se sacramenti peterent, poscebant judicem, qui dabatur post tertium (male impressi quidam* trigesimum,) *diem, deinde inter se in perendinum diem, ut ad judicium venirent, denuntiabant.* Nihil addit *de contestatione*, fateor; sed res loquitur, ideo testes fuisse admonitos, ut constaret, utrumque teneri ad sistendum se judicio: qua contestatione nihil opus erat, quando se jam stiterant, causamque reipsa narrabant. Fuerit igitur litis contestatio vetus apud Prætorem.

22. Sed novi juris alia ratio est, postquam Judices a Magistratibus dari desierunt, ipsique judicare sunt jussi, *l. 2. C. de Pedan. jud.* mos ille *contestandi* obsolevit, etsi nomen, ut fit, idem mansit, adeoque Litis contestatio nihil nunc aliud est, quam *Initium judicii, per narrationem actoris & contradictionem rei, l. 14. §. 1. C. de Judic. l. un. C. de lit. contest.* Diximus *ad tit. I. de Except. a pr.* & mox aliquid adjiciemus. Hoc magis dubium aliquando visum est, an qui exceptionem opponit, litem contestari dicendus sit, ut hoc negat Perez. *ad tit. C. de litis contest. n. 4.* Verum ex iis, quæ superius dicta sunt, de judicio puro & cum exceptione, item quod exceptiones formulis judicum inserebantur, quas sequebatur litis contestatio, non potest dubitari, quin per oppositionem exceptionis etiam fiat litis contestatio; scilicet, exceptionis peremptoriæ, ut tenent Dd. communiter, ad *l. un. C. de lit. contest.* D. A. Matthæus *disp. 8. de Jud. th. 6.* Quid igitur, an exceptiones dilatoriæ non facient litis contestationem? Existimo eas, quæ causam spectant, atque omnes, quibus contendit Reus, se vel *plane*, vel *adhuc*, vel *ut proceditur*, non esse condemnandum, facere litis contestationem, qui contradicit intentioni Actoris, quæ facit litis contestationem. Quid enim, si quis pactus sit, ne intra quinquennium conveniatur, ut est in *l. 3. de Exception.* nonne hanc exceptionem allegare poterit apud Prætorem? nonne & is eam formulæ, quam judici præscribit, inferet, ut super ea partes litem contestentur? Res est clara, non posse id aliter fieri, in his dilatoriis causam ferientibus, quam solet in peremptoriis. Spero me probaturum hoc iis textibus, quos alii in contrariam partem adducunt. *Exceptionem dilatoriam*, ajunt Cæsares, *opponi quidem initio, probari vero, postquam actor probaverit, quod adseverat, oportet, l. 19. C. de Probat.* Agi in hoc textu de dilatoriis causæ putem, quia dilatoriæ se referentes ad judicium vel ad personas judicium constituentes, ante quam lis contestetur, probari & absolvi debent: quomodo enim aliter litis contestationem, quod in illis agitur, impedire possent? Debent igitur dilatoriæ causarum initio opponi, concedo; sed an ideo litis contestatio super illis non fit? imo si non fieret, ejus probatio post litem contest. non exigeretur, ut fit in hac *l. 10.?* Imo quia opponendæ sunt initio, & postea probandæ, sequitur, litem super illis contestari, vel sequetur, ne quidem de peremptoriis dari litis contestationem. Nam de his iisdem Impp. Diocletianus & Maximianus in *l. 12. C. de Exception.* tradunt, eas *initio contestandas* esse. Plenius usum rei docent *in l. seq. 9.* hoc modo πραγματικῶς. Si Reus de jure suo certus, actorem nihil acturum esse confidat, potest omittere exceptionis contestationem, *quod nulla sibi defensio necessaria sit.* Si vero jus petendi habeat Actor, sed ipse munitus sit exceptione, potest eam contestari *deque illa sola agere;* si vero dubitet, an Actor intentionem suam probaturus sit, tum potest exceptionem initio contestari duntaxat, & prius de intentione principali disceptare, quam si conficiat Actor, tunc ad exceptionem contestatam se conferet eamque probabit. Hæc est sententia *d. l. 9.* probans evidenter, litis contestationem super exceptionibus ad causam spectantibus, sive peremptoriis sive dilatoriis, (indistincte enim loquitur textus) fieri, vel solis vel una cum intentione principali. Nec aliter omni die servatur in Foro; Litis contestatio fieri dicitur, quotiescunque Reus intentioni Actoris *contradicit*, sive plane neget, vel ipso jure, vel ob exceptionem peremptoriam, vel per dilatoriam, se adhuc non esse damnandum, aut non ea forma, qua conventus est. Hoc tantum interesse tenendum est; in foro *Exceptiones* solummodo vocantur, quæ litis contestationem impediunt, ad judicium aut personas spectantes. Quæ vero ad causam pertinent, cum faciant litis contestationem, ea vocant *media principalia*, sive *Responsiones:* Adeo ut si quis Exceptionem dilatoriam causæ opponens, dicat se *Exceptione* usurum, *cum expensis mulctetur.* Quod ideo monendum censui, ne in foro nostro novi, in hunc lapidem impingant, quod memini factum non semel; & aliquando non sine nota Præceptorum, quasi a quibus nihil, quod in usu est, audiissent. Non id quidem agendum, ut praxin forensem in

Schola

Schola doceamus: sed optimum factu est, jus Romanum e principiis eruere antiquitatis, ut est in legibus, explicare, atque ad usum applicare; quæque universa praxi aliter recepta sunt, obiter admonere studiosos. Plura ad hanc rem pertinentia, reservamus capiti de Exceptionibus.

Denique, non posse probare se, merito scribit D. Matthæus *disp. 8. th. 6.* quod Canonistis placet, *in c. 1. de lit. cont. & c. 2. eod. in 6.* objecta a reo exceptione peremptoria,* non aliter litis contestationem fieri, quam si aut intentionem actoris neget, aut adjiciat, facere se id animo litem contestandi, quod iisdem verbis observat D. Wissenb. *ad l. un. C. de litis contest.* Ego ejusmodi limitationem in textibus illis non reperio; sed ajunt, etsi objecta sit exceptio peremptoria, litem nihilominus esse contestandam: Supponunt, quod in foro nunc obtinet, cum, qui *excipere* se dicit, hoc dicere, *se litem non contestari*, ut omni die distinguunt: Pontificibus hoc in peremptoriis exceptionibus displicet; volunt iis verbis utendum esse, quibus utimur in lite contestanda; quod apud nos fit voce *Respondendi.* Adeo ut hoc ipsum sit illud, quod modo suggessimus; eum, qui exceptionem ad causam pertinentem objicit, non debere *Excipere*, sed respondere atque litem contestari. In usu verborum igitur, non in re ipsa, discrepant a jure Civili Pontifices; *Per petitionem*, ajunt, *in jure propositam, & responsionem secutam, contestatio litis fiat, cap. 12. X. de lit. cont.* quæ verba consentanea his, quæ sunt in *d. l. un. C. de lit. contest.* satis indicant, litis utrimque fieri contestationem, tam ab actore quam a reo, *inter primum & secundum*, ait *l. 1. §. 1. de Litig. l. 11. de Judic.* etsi aliquando singulis adscribitur, ut actori, in *l. 28. de Novat.* reo, *d. l. 11.* Adjiciamus & hoc, Vulgatam Doctorum divisionem litis contestationis, in Affirmativam & Negativam, ‡‡ aut non valere, aut hoc modo intelligendam, quod Affirmativa sit, quando quis *de intentione adversarii confitetur*, sed *adhuc* se non teneri contendit, ut Imperatores in *d. l. 9.* adfirmant: Nam id quidem satis exploratum est, eum qui simpliciter confitetur, litem non contestari, nec eum, qui se paratum dicit ad solvendum, sed modicum tempus ad solutionem conficiendam petit, *l. 105. de Solution.* junct. *l. 73. de Procurat.* Sæpe etiam fit, ut Rei se opponant, & tamen fateantur se debere, nec quicquam validæ contradictionis habeant; quod tum in prætextum exceptionis alicujus dilatoriæ desinit: ut vix alio sensu litis contestatio adfirmativa intelligi possit. Hæc adde iis, quæ dix. *ad tit. Inst. de Exception. a pr.*

23. Sic satis, quid sit, & quomodo fiat Litis contestatio, constat: Rei nobilis, effectus haud impares sunt. In summa redigimus eos ad duos; quod adversario *malam fidem* imprimit, & quod facit *novationem.* De mala fide ratio est in *l. 10. C. de Acquir. poss.* quoniam possessor ex interposita citatione, & causa in judicium deducta, super jure possessionis *vacillat ac dubitat.* Hic effectus se diffundit in alios plures; inde enim est, quod a lite contestata fructus desinunt acquiri, & adversario incipiunt deberi, *l. 15. §. 7. de Heredit. petit. l. 4. §. 2. Fin. regund.* quod interrumpit usucapionem & præscriptionem, *l. 10. C. de Præscr. long. temp.*

* Apud nos Litis contestatio debet esse I. Specialis ad singula libelli capita. ‡ & *in specie* und insonderheit antworten it. bey einem jedem *Articul* deutlichen und unterschiedlich n *P. 1. C. El. 12. O. P. S. Tit. 16.* Ziegler. *ad d. Tit. Verb.* Daß dieselbe. Generalis ergo: Nego narrata prout narrantur &c. non sufficit. Ummius *ad Process. Diss. 12. th. 5. II* clara & perspicua, und ohne Anhang; unde non admittuntur expressiones ambiguæ, verb. gr. dubito, Brunn. *Proc. c. 16. c. 14. n. 16.* ich stelle es dahin, secundum Carpz. *Dec. 40. & ad Proc. tit. X. art. 3. n. 45.* j. tamen Nicol. *Proc. c. 37. n. 20.* & Mencke *ad Ordin. Proc. Sax. Tit 16. § 8.*

‡ Non modo ad singula libelli capita, sed ad singulas uniuscujusque capitis circumstantias, sub pœna confessi & convicti est respondendum, positione saltim secunda, ita tamen, ut L. C. non rite factam in tertia & ultima positione emendare liceat. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 26. §. 1.* Si quis ob litis contestationem aut plane non, aut non rite factam, sententia judicis pro contumace declarabitur, causæ patronus & refusione impensarum, & 5 aut amplius thaleris mulctabitur. *d. Tit. §. 2.*

‡‡ Temere litem negando contestari, in Saxonia haud licet; qui facta non neganda, vel plane notoria, tamen negat, mulctam, vel a praxi suspensionem incurrit; pœnæ inficiationum Romanæ sunt restitutæ; & qui capita, quorum nomine juramentum ab actore defertur, negat, illud autem deinde præstare nequit, exceptiones suas, alias, si affirmasset, sibi competentes amittit, nisi ejus rei, quam negavit, aliam se non habuisse scientiam, jurato asseveret. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 16. §. 2. 3.*

juncta

juncta *l. un. C. de usucap. transform.* etsi alioqui mala fides superveniens usucapionem non interrumpat, *l. 48. §. 1. de A. R. D.* est tamen hic effectus a mala fide, sed lege ejus vim intendente. Plerique putant, hanc rem olim secus se habuisse, & usucapionem post litem contestatam fieri potuisse, per *l. 18. & l. 23. de rei vind. §. 3. Inst. de off. jud.* Sed vix est, ut per illos textus id satis liquere videatur. Mihi sic videtur; Lite contestata, usucapio currit tamen, & pendente lite tempus impletur, dominiumque, si possessor absolutus fuerit, præstatur: sed condemnatione secuta, rem tradere cogitur possessor, & interrupta ex post-facto censetur usucapio, per litis contestationem. Hoc docent Impp. *in d. l. 10. C. de Præscr. long. temp.* Longi temporis *præscriptio post moram litis contestationis completur;* sed condemnato non *proficit*, *cum post motam controversiam in præteritum æstimatur.* Sic etiam accipere cupio legem 25. *§. ult. de Usur.* ubi: *bonæ fidei possessor habetur, quamdiu evictus fundus non fuerit.* ut & *l. 2. §. ult. Pro Empt.* Proinde, nulla sit hactenus inter jus vetus & novum differentia, ut vulgo existimatum est. Hoc etiam de effectu malæ fidei dignum observatu est, quanquam litis contestatio non nisi contradictione rei committitur, tamen quod ad effectus a mala fide pendentes attinet, sufficere, motam esse controversiam, id est, actoris intentionem esse propositam, quia tum certior fit reus, & incipit habere *vacillantem*, ut est in *d. l. 10. C. de Acquir. poss.* conscientiam. sic est *in d. l. 10. & §. 7. de Acquir. hered. & d. l. 2. C. de Litigios.* ubi: *pro quibus actor intendit.* Tum scit utique, de Re litem sibi moveri, & sic res Litigiosa est.

24. Alter effectus generalis, quem Litis Contestatio habet, est *Novatio*, sive delegatio, *l. 11. §. 1. de Novat.* quia per contestationem mutuam, quasi contractus celebratur, ut est in *l. 3. §. 11. de Pecul.* Hinc novas induit qualitates actio: temporalis fit perpetua, morte peritura transit in heredes, *l. 139. in pr. & l. 164. de R. J.* Pœnalis fit rei persecutoria, *l. 6. §. ult. de re jud.* ubi tres illæ qualitates junguntur. Huc etiam pertinet, quod Procurator fit dominus litis, eam contestando, *l. 23. C. de Procurat.* Item quod Actio ex delicto, quæ contra Patrem sua natura de publico non dabatur, lite cum filio contestata, adversus eum instituitur, *d. l. 3. §. 11. de Pecul.* qui locus docet, etsi quædam ex iis effectis, non nisi post sententiam exerceantur, novandi tamen vim a sola litis contestatione, quæ ab utroque contrahitur; non a sententia, quæ nihil simile contractui habet, esse repetendam. Postremo, quod Litis contestatio est initium judicii, quod excludit exceptiones dilatorias, judicium & personas spectantes, *l. ult. C. de Except.* non tam ad effectus, quam ad propria attributa referendum videtur. Postremo sciendum, aliquos ex his effectis, adscribi in jure quibusdam aliis rebus, ut sunt libellus Principi oblatus, *l. 1. & 2. C. Quand. lib. Prin. obl. fac. lit. contest.* etiam Præsidi, *l. 2. C. de Annal. except. toll.* Testatio, si Rei copia non sit, *l. 2. C. de Naut. fœn.* Contumacia, *Auth. Qui in provinc. C. ubi de crimin. vide l. 3. §. 2. & seqq. C. de Judic.* Jusjurandum, *l. 28. §. 2. ff. de Judic.* Usurpatio creditoris, quæ dicitur habere vim litis contestationis, ad interrumpendam Præscriptionem rei oppignoratæ, *l. 7. §. imo & illud C. de Præscr. 30. ann.* sicut & reliquarum rerum cum lite contestata comparationem, secundum quid intelligendam esse, docent textus citati.

25. Hactenus de litis Contestatione; quam sæpe comitatur juxta Rei contradictionem *Reconventio*.* sive Reciproca Rei actio, de qua *nihil hic*; locus inferius occurret. Post litis contestatio-

* Reconventio Juris Saxonici, a Reconventione Juris Communis longissime differt. Namque (1) locum tantum habet in causis connexis. *P. 1. C. El. 7. O. P. S. 1. 6. §* Wie es. quales sunt, quæ ex eodem contractu nascuntur, sive directæ, utrinque, ut emti-venditi, locati conducti, pro socio, sive directæ & contrariæ, ut commodati, mandati, tutelæ, vel contra, Carpz. *ad d. C. def. 7.* (2) non nisi conventione finita ‡ L. R. *l. 3. art. 12. O. P. S. 1. 6. d. §. in f. j.* Wittenb. Hof Gerichts-Ordn. d. an. 1550. tit. von der Wiederklage. verb. Würden auch Sachen. finita autem lis intelligitur, quando actuali solutione actori satisfactum est, sola depositio pecuniæ non sufficit. Svvend *ad Fritg. Proc. p. 738. j.* Carpz. *L. 2. Resp. 39.* In causis tamen injuriarum, pendente conventione, in reconventione usque ad litem contestatam proceditur, per *O. d. Proc. Sax. Tit. 6. § f.* quod olim secus erat. vid. Moller. *ad C. El. 7. P. 1, n. 12. seqq.* conf. Mencke *ad O. P. S. Tit. 6. §. 5. seqq.*

‡ Jure Saxonico novissimo Conventio cum Reconventione pari passu ambulat, separatim tamen, mit Haltung absonderlicher Acten, & ut conventio & ejus executio, imprimis autem rigor cambialis, nihil impediatur; ita quidem ut actor in conventione, in reconventione procedere haud teneatur, nisi reus in conventione, actori nunc reconvento plene satisfecerit. Exceptio est, si actor reconventus sit peregrinus

nem

nem sequuntur *Juramenta*. Primo Judicis in leges, quod olim usitatum revocavit in usum Justinianus, addita religione, ut liber Evangelii perpetuo ob oculos consistat, *l. 14. C. de Judic.* dein Litigantium jusjurandum, quod est Calumniæ, de quo diximus *ad tit. Inst. de Pœn. tem. litig. n. 1.* ubi & de Advocatorum jurejurando; si quid desit, sequitur *infra tit. de jurejur.* Posthæc Replicatio Actoris, & Rei duplicatio, Triplicatio, Quadruplicatio sequuntur; de quibus *ad tit. Inst. de Replicat.* actum non agimus. Raro partes ad quintuplicandum & sextuplicandum procedere, diximus *ibidem*, nec aliter in Foro nostro, quam venia Curiæ impetrata. Habet hæc res usum, quando Reus in quadruplicatione, nova facta novaque instrumenta produxit, quod quidem facere non debet: aut si de *instrumentis* id faciat, Actori permissum est *Statutis* nostris, illud refutare, prohibita reo sextuplicatione, *lib. 3. tit. 19. art. 5.* sed de factis recens in ultima scriptura allegatis sic ait; Actorem debere protestari, ne quid inde sibi creetur præjudicii, memoriamque protestationis addere *Scripturis* cæteris, aut veniam petere quintuplicandi, quod excipit Reus sextuplicatione, *d. tit. th. 3. & 4.* quæ juris quoque civilis rationi non male conveniunt; sed alibi *in Holl.* rectius consultum videtur, ne partibus ultra duplicationem utique sine venia, procedere liceat, ac ut in narratione Actoris & contradictione Rei omnia facta contineantur. Quæ res etiam juri civili hactenus consentit, quod nova facta post litis contestationem nata proferri nequeunt, ut judex eorum rationem habeat, certe non respectu Actoris, *l. 23. h. t.* In causis levioribus apud nos etiam duplicando concludi solet, quod Actor in Replicatione testatur; addito tamen, *nisi causam*, perspecta duplicatione, triplicandi habere se putaverit: hactenus enim Conclusio pendet a partium arbitrio; Sed triplicando & quadruplicando defuncti, necesse habent, extra casum quintupl. prædictum, *concludere in judicio*: sic appellat *Statutum* hanc primam conclusionem, qua disceptationi sive reciprocationi scripturarum renuntiant, *d. tit. 29. §. 1.* Partibus conclusione supersedentibus, Curia ex officio & Vi legis, Processum hactenus pro concluso habet, *d. art. 1.* atque deinceps causam videt, sitne Juris, an facti Quæstio. Si nulla sint facta contraria, vel, si quæ sunt, ea jus mutare nequeant, Lis *definitive* terminatur, idque, licet Partes probationibus se delegari petant: quod alioqui, Re nondum examinata, petentibus illis non denegatur; quando nec quidem sententiam condemnatoriam aut absolutoriam volentibus Judex impertiri gravatur, *l. 26. de Re Judic.* Sed quando Judex facta, de quibus confligunt, jus causæ mutare non posse videt, præcidendis ambagibus, quas sæpe quærunt Advocati, rem continuo definire potest, ut in tali causa memini factum: *Exemplum*; Puella heres instituta erat, sub conditione, *nisi absque Curatoris consensu nupsisset*. Nupserat post annum XXV. impletum sine consensu, ut dicebatur, curatoris, qui adhuc administrationi Curæ fungebatur. In quæstione de hereditate, objecta est illa exceptio conditionis, quam illa variis facti allegationibus elidere conabatur. Sed cum utrimque in confesso haberetur, eam complevisse, cum nuberet, ætatem legitimam, & sic ipso jure sub Curatore desiisse esse: præter quod ejusmodi conditiones, quæ nuptias a consensu alterius quam Patris suspendunt, improbantur in Jure; Curia de cæteris factis, etsi libellis supplicibus utraque parte petente, noluit interlocutionem probandi causa concedere: in causa *Gaj. Broersma cum sociis, contra C. Rosama*, ante ferias natalitias 1680.

26. Post conclusionem igitur *in judicio*, (quam ita distinguere licet a conclusione finali *in causa*,) si res facti sit, sequitur *Interlocutio*, quæ est in *forma* solita, vel *officio* Judicis. In *forma* solita, quando dilationes ordinariæ Legibus præscriptæ, partibus ad probandum relinquuntur, de quibus *ad tit. de Fer. & dilationibus* actum est. Interlocutionem *officii* vocamus; quando Judex ad contrahenda litis spatia, litigantibus certum tempus ad conficiendas probationes præscribit, ut fit apud nos in plerisque causis rectissime, optimeque ea res cum Judicis officio ex ratione juris civilis convenit, ut in quo nihil est prius, quam ut lites con-

aut non possessionibus instructus, quo casu reus reconveniens, ad depositionem judicialem vel simpliciter vel prævio juramento malitiæ est admittendus, donec actor conventionis, intuitu reconventionis in casum succumbentiæ idoneee caverit. *O. P. S. E. I. & E. Tit 6. §. 1.* Facta depositione, aut interposita cautione, si reus in instituenda reconventione cessat, petente actore, reo spatium Saxonicum, sed sub pœna præclusi indulgebitur, quo elapso contumax non amplius admittetur; quod & fit illi, qui in Processu ordinario exceptiones suas reprobando deducere neglexit. *d. Tit. §. 2.*

trahantur, quas procuratores & Advocati, ordinariis dilationibus suo utentes arbitratu mutuaque indulgentia, in enorme extendunt. Communis est hæc interlocutio, scilicet toti causæ, omnibusque litis consortibus: Et tamen fieri potest,ut hac occasione divellantur instantiæ; quid enim, si una sit facti, altera meri juris? Instantia hæc statim potest definiri, ut altera probationibus per interlocutionem delegetur, quod aliquoties memini accidere. Imo in eadem instantia litigantes ita separari possent; *Exemplum;* Actor convenerat duos reos ex eadem causa, sed alterum, mulierem nuptam, fine viro compellaverat vitiose. Hæc igitur statim absoluta est ab instantia: respectu alterius interlocutio facta est,in causa *Barbaræ Jacobi* contra *E. ab A. cum sociis, 4. Novembr. 1680.*

DE INSTANTIA.

27. Quid autem est *Instantia?* Hic est locus ejus, nec omitti potest. Instantia,sicut Intentio, Latine aliquid *valde* in suo genere notat. Sic repetendi debiti *Instantia, l. 32. de usur.* efficaci instantia, *l. 6. C. de postlim. reverf.* Sed ut JCtis *Intentio* quamlibet petitionem propositam significat, ita nunc *Instantia* pro qualibet Lite mota, sive pro intentione causæ in judicium deducta sumitur; unde Justinianus,bona instantia uti, id est causa petendi, *§. 1. I. de pœn. tem. litig.* Ulpianus in *l. 73. §. 2. h. t.* An salva *quidem lis est,* inquit, *verum instantia tantum Edicti perierit? & magis est, ut instantia tantum perierit, ex integro autem litigari possit.* Atque hæc est significatio hujus loci; ut Instantia nihil sit aliud, quam *judicialis tenor singularum causarum,* ab ipsa lite distinctus, ita ut Lis ipsam petendi causam & vim, Instantia modum ejus in judicio significet: ut instantiam aliquis omittere, ab instantia absolvi possit, qui litis compos, aut ei obnoxius maneat. Prius est *in d. l. 73.* posterius modo vidimus, & in reis criminum frequenter accidit,ut gravati præsumptionibus, non convicti, ab instantia, non a crimine, absolvantur. Diximus, respectu *singularum* causarum; potest enim fieri, ut in uno litis processu plures instantiæ cumulentur; quando diversæ intentiones, quarum singulæ peculiarem litem formare possent, in eodem libello cumulantur,quo nihil frequentius in foro; quomodo autem ratione juris civilis id se habeat, *ad tit. de Edendo* dicere occupavimus. Plane igitur, ut plures instantiæ cumulentur in uno libello, necessum est, ut separatæ lites inde moveri queant,& tamen,ut una conclusione jungi possint; idque opus est recte animadverti, quod in ea re magnus usus abususque vertatur. In generalibus judiciis, ut sunt hereditatis petitio, judicia divisoria,mandati generalis, & similibus, etsi multæ res tractantur, quia tamen est una actio,neque seorsim de illis rebus agi potest, nullo modo inde fieri possunt instantiæ diversæ. Sed in Judiciis specialibus, diversæ res ex ejusdem generis contractibus debitæ, cum separatim pest,& tamen una conclusione comprehendi queunt, facere possunt diversas instantias, ut si ex empto pretium fundi, domus,equi; ex mutuo diversis temporibus, diversæ summæ debeantur: diversæ injuriæ, vel eædem diversis temporibus factæ, in uno libello diversas edunt instantias. Declarationes impensarum in diversis causis, in totidem instantias distingvi solent. Plerumque numerus instantiarum ab Actore distingvitur; aliquando a Reis id fieri potest: ut si quis unam actionem contra plures habeat personas, potest eas una in jus vocatione, uno libello, unaque instantia comprehendere, sed Rei illam conjunctionem aversantes,seorsim respondere possunt, & tot facere instantias, quot sunt personæ debitorum. *Exemplum:* Ante aliquot annos Creditores Civitatis *Doccumanæ* in Frisia, vocaverant in jus, per sonitum æris campani publici, omnes & singulos Cives, ut solverent debitum Civitatis, unumque adversus eos libellum ediderant: sed Rei, quotquot e civibus erant in facultatibus,separatim singuli respondebant: unde immanis cumulus instantiarum. Sed officium Judicis est, videre, ne malitiis indulgeatur, ideoque petentibus his, qui vident se hac via sumptibus exhauriri, (nam pro numero instantiarum impensæ multiplicantur,) illis modum imperare potest, ut sæpe vidi factum, & tum in causa Doccumana usu venit: jussis civibus, in quatuor ordines se dispescere,pro numero quatuor regionum sive tribuum civitatis.

Cæterum, post interlocutionem, Partes ad probandum se conferunt, eaque gratia, quicquid est facti controversi, in articulos sive positiones redigunt, ad quos primo adversarii, deinde Testes interrogantur; de quibus agendum erit in *tit. de interrogat. in jur. fac. & de Testibus.* Apud easdem positiones instrumenta, ad eadem facta probanda, exhibentur; postquam & ante interlocutoriam adversario edita & exhibita fuere; qua de re ad *tit. de Ed.* ut & *de Fid. instrum.*

strum. Super examinibus Testium, productione instrumentorum, aliisque incidentibus quæstiunculis, sæpius interea, lites transversariæ, quæ novas pariunt interlocutiones, moventur, causarumque decisionem non tam promovent, (quo alioqui pertinent omnes interlocutiones,) quam ingenti partium incommodo, maxime si artes causidicorum accedant, implicant & remorantur. De quibus rebus heic non est locus amplius agendi.

SPECIES JUDICII.

XXVIII. Divisio Judiciorum in varias species, ut in publica & privata. XXIX. Civilia & criminalia. XXX. Petitoria, possessoria, in rem & in personam. XXXI. Præparatoria & principalia. XXXII. Ordinaria & extraordinaria. XXXIII. Quæ sint extraordinaria Jure civili. XXXIV. Discrimen illorum. XXXV. Usus in Foro nostro. XXXVI. De processu summario ex debitis chirographariis. XXXVII. Casus, quibus cessat.

28. HAbuimus Judicii distributionem in partes. Sequitur ejusdem in SPECIES Divisio: quarum prima & summa videtur hæc esse, quod Judicia sunt vel *Publica* vel *Privata*. Quid publica sint, in parte *prima tit. ult. a pr.* satis exposuimus, omniaque de Criminibus gravioribus concepta sunt, *l. 1. de Publ. jud.* Appellantur *Publica*, ut omnibus constat, quasi populica, quia cuilibet ex populo datur earum executio, ut ait Justinianus in *§. 1. I. de publ. Jud.* At hoc habent commune cum *popularibus* Judiciis, quæ perinde a *populo* dicta, non sunt tamen *Publica*: In his enim est adhuc alia qualitas, *quod dentur ex aliqua Lege publicorum judiciorum*; qua de re similiter in *loco prædicto parte priore* absolvimus. Privata judicia sunt, *in quibus hi tantum agunt, ad quos ea res pertinet*, ut sub re complectamur etiam injuriam, *d. l. 1. de publ. Jud.*

29. Judicia privata sunt iterum vel Criminalia, vel Civilia. Priora, *in quibus adversus reos criminum minus atrocium agitur ad publicam animadversionem corporalem, aut pecuniariam fiscalem*, * *l. ult. de Privat. del. l. ult. de Furt. l. ult. de Injur. §. 4. Inst. de Injur. l. 1. §. ult. de Abig. &c.* Dixi, minus atrocium. Nam de gravioribus & frequentioribus delictis, prodita sunt judicia ex legibus publicis, ut modo præmisimus. Civilia sunt, in quibus illi, ad quos res pertinet, agunt *ad commodum privatum Actori applicandum, dd. ll.* idque jus ordinarium vocatur in *l. 2. de Fur. baln. l. 3. D. Expil. hered.* Atque hæc sunt etiam de delictis, aut ex Contractibus, veris vel quasi talibus, ut ad *tit. Inst. de Obligat. ex del. & seqq.* tractatum est.

30. Hæc autem Civilia Judicia, sunt iterum *Petitoria*, vel *Possessoria*. Petitoria, *in quibus ex jure in Re agitur ad restituendum; vel ex jure ad Rem, quod dicitur, ad dationem.* Possessoria, *in quibus agitur ex jure possessionis ad detentionem rei adipiscendam, retinendam, vel recuperandam.* Dix. *ad tit. Inst. de Action. sub fin. & ad tit. de Interd.* Utraque sunt iterum Judicia *generalia*, vel *specialia*. Priora, vel talia *stricte*, vel *universalia*, & hæc, quæ de Hereditate competunt, *l. 1. pr. de R. V. l. 18. §. ult. & l. seq. de pet. hered.* Generalia proprie, in quibus multæ res continentur, ut Judicium Tutelæ, Familiæ erciscundæ, Dotis, & similia. *Specialia*, quæ de certis rebus competunt, ut commodati, depositi, pignoratitia, empti, locati, & similes actiones. Sunt etiam mixti generis judicia, modo specialia, modo generalia, ut mandati omnium bonorum, & certarum rerum; Pro socio similiter & negotiorum gestorum, communi dividundo, & alia plura. Est quoque civilium Judiciorum divisio, quod sint *in Rem*, vel *in personam*, quæ coincidit cum simili divisione actionum, quam prolixe satis executi sumus *in Parte I. tit. de Action. n. 5.*

31. Alia differentia Judiciorum est, in præparatoria & principalia. Prioris generis sunt ea, quæ viam sternunt aliis gravioribus judiciis, & posterioris, ea, quibus hoc modo via sternitur. Sic ad

* Jure Saxonum in stricta significatione causæ, in quibus ad pœnam pecuniariam fiscalem agitur, Civilibus accensentur, & criminales dicuntur eæ, in quibus pœna corporis afflictiva, aut capitalis decernitur, die an Haut und Haar geh[e]n. Vid. Gloss. *ad LR. l. 1. art. 59. LR. l. 1. a. 68.* Ord Prov. *d. Ann. 1555. tit.* daß peinliche Sachen. Corp. Sax. *P. 37 j. Dec. Fl. 17.* Coler. *P. 1. dec. 21. n. 2.* Moller. *Semestr. l. 2. cap. 1.* Carpzov. *Pr. Crim. qu. 102. n. 51. seq.* Quandoque tamen vocem hanc, Criminalis Judicii, etiam apud nos in latiore sensu accipi, ostendit Schilt. *ad ff. Ex. 49. §. 63. seq. j.* Mencken. *disp. II. Prœm. ad Proc. §. 2.*

exhibendum actio, præparatoria est actionis in Rem. Si quis enim in rem agere volens dubitet, an ea res, quam in oculis habet, sua sit, vel non, prius ad exhibendum agere potest, *l. 1. & seq. Ad Exhib.* vel si alii juncta, per se vindicari nequeat, per hanc actionem agetur ad separationem, ut seorsim posita vindicetur, *l. 6. eod. tit.* Ita de hereditate vel legato acturus, primo de Tabulis exhibendis agere potest Interdicto, ut examinet Testamentum, *l. 62. de Procurat.* Ejusdem proprietatis est Interdictum de liberis exhibendis, *l. 3. §. 1. de lib. exhib.* vulgo querelam inofficiosi ad eandem causam referunt; sed male, ut probavimus ad *tit. Instit. de Inoff. Testam. n. 2.*

32. Ultima Judiciorum differentia est, in Ordinaria & Extraordinaria, sive *Summaria*. Imo omnia Judicia sunt *extraordinaria*, inquit Justinianus in *§. ult. I. de Interd.* Sed hoc alio sensu. Nam ordinaria olim erant Judicia, in quibus dabatur Judex pedaneus, & formulæ solennes usurpabantur: Extraordinaria, in quibus ipse Prætor causam cognoscebat, nec formulæ erant necessariæ, de quibus *ad tit. D. de Extraordin. cognit.* Atqui hodie formulas esse sublatas, constat *ex tit. C. de Formul. & impetr. subl.* Nec judices pedaneos amplius dari, ordinarium esse aliquoties observatum est. Ergo quod olim Judicia faciebat extraordinaria, id hodie locum habet in omnibus Judiciis; & sic omnia dici possunt *extraordinaria*: quod alioqui est contradictorium: Nam quod in omnibus obtinet, hoc *ordinarium* esse, res ipsa loquitur. Verum in hac divisione proposita, plane alio sensu judicia vocantur Ordinaria & Extraordinaria. Sunt enim Ordinaria, in quibus ordo judiciorum solennis observatur causæque plena cognitio adhibetur; Extraordinaria, in quibus nec ordo solennis observatur, neque plena cognitio solet adhiberi. Qui novit ea, quæ sunt extraordinaria, scit reliqua non posse non esse ordinaria.

DE JUDICIIS EXTRAORDINARIIS.

33. Extraordinaria jure civili primo sunt Interdicta, sive causæ possessoriæ, *l. 8. C. Unde Vi. l. un. C. de moment. poss. l. 3. C. de Interdict. l. 13. C. de R. V. l. ult. C. Quor. bon. l. 3. C. Qui legit. person. stand. in jud. l. 14. C. de Agric. & Censit.* Quanquam in Foro ipsæ causæ possessionis in ordinarias & summarias dividuntur, qua de re *ad tit. de Interdictis* agendum erit. Unum heic ponam forense discrimen mea sententia tantum ad solennia procedendi, non etiam ad meritorum causæ cognitionem pertinere; quæ semper in judiciis possessoriis summaria & semiplena intelligi debet. Reliqua exempla sunt hæc; Petitio bonorum possessionis Carbonianæ, quæ datur impuberibus, quæ negantur esse filii defuncti, cujus ut Patris hereditatem petunt: hac quæstione ad usque pubertatem dilata, mittuntur in possessionem, habita de possessione filiationis brevi cognitione, *l. 3. de Carb. Ed.* Talis etiam est missio in possessionem, ventris & legatorum causa, *l. 3. §. 1. Ut in poss. leg. l. 1. §. 14. de Ventr. in poss. mitt.* Missio in possessionem fundi, absente domino, post spatium in præscriptum, ex *l. 2. C. ubi in rem act.* Actio ad exhibendum, *l. 3. §. 9. Ad Exhib.* de pignore capto, an debitoris sit, *l. 15. §. 4. de Re Jud.* de Honorariis, *l. 1. D. Extraord. cognit.* Causæ Alimentorum, *l. 5. §. 8.* & si quæ similes occurrant. Quin & causæ, instituto suo ordinariæ, possunt aliquando fieri extraordinariæ, si periculum in mora sit, aut partes consentiant, quo respectu quælibet miserabilium personarum, & matrimoniales causæ, ad hanc classem referri possunt, ut observat D. Matth. *disp. 1. de Judic. th. 16. & 17.* In universum alioqui Regula habetur; quanto quæque levior est causa, tanto facilius extra ordinem absolvi potest. *arg. l. 6. D. de Accusat. l. 71. de R. J.* A. Matth. *ibidem.*

34. Sed omittendum non est, extraordinarias cognitiones fieri vel pro Tribunali, vel de plano. Priore modo, quando interponitur decretum causa cognita SUMMATIM, *l. 1. §. 14. de Carbon. Ed. l. 3. §. 8. ff. de bon. poss.* quales inprimis sunt modo enumeratæ species, in quibus cognitio & disceptatio judicialis, etsi brevior, adhibetur. Sed *de plano* jus dicitur; Quando Judex coram, aut per libellos aditur, non adscenso tribunali, obiterque partibus auditis, rem sine ordine judiciali decidit, *l. 9. §. 3. ff. de Off. Proconf. & Leg.* quomodo res leviores agi possunt, minime res majoris momenti, veluti excusatio a Tutela, quæ per libellos fieri non potest, *l. 25. de Excusat. Tut.* sed ad interrumpendam præscriptionem temporis, quæ est res minoris momenti, nihil vetat libellos dari, *l. 13. §. 10. eod. tit.* Etiam crimina cum hac differentia tractari posse, docent *l. 18. §. ult. de Quæstion. l. 6. de Accusat. & d. l. 9. §. 3. de Off. Proc. l. 1. §. 8. ad SC. Turpil.*

35. Hæc est illa diversitas cognitionis, quæ hodieque frequentissimum habet usum, ut causæ summariæ vel per modum *processus* scil. summarii,

rii, vel per *libellos supplices* exerceantur, adeo ut major sit cumulus rerum, quæ per libellos, quam quæ judicio, vel ordiuario vel summario, tractantur. Usus loquendi in Foro nostro ita fert, ut Ordinarii processus, per excellentiam PROCESSUS appellentur; * Summarii voce gallica, *pleydoyen:* Quibus tam in iis, quæ *superius* enumerata sunt, quam in exceptionibus, in oppositionibus, ac cæteris causarum incidentibus litigiis utimur, etiam in condictionibus infra viginti florenos apud Judices inferiores, & infra *quinquaginta* apud Curiam Supremam, ut Statutis nostris expressum est in *lib. 3. tit. 26. art. 34. & tit. 16. art. 1.* Alibi similes vel minores, vel majores habentur limitationes. Eodem referendæ sunt Renuntiationes agrorum locatorum, *aliæque causæ privilegiatæ.* habetur in *tit. 11. art. 2. Stat.* Quæ verba ad causas jure communi pro summariis habitas spectare videntur, quæque moram non patiuntur, ut etiam sunt causæ executionis, arrestorum, impensarum, taxationum, meliorationum, item ex Lege *diffamari* quæ dicitur actio, ex usu nostro. Denique & aliæ plures, quotiescunque vel partes consentiunt, vel Judex aliter ex causa decernit, ut Statutis nostris cautum est his verbis: *Ordinariæ dilationes apud Judices inferiores currunt ab octiduo ad octiduum*, (in Curia sunt tres hebdomadæ,) *nisi consensu partium, aut a Judice, breviores termini statuantur, lib. 3. tit. 2. art. 38.* Quod tamen Judex, si natura causæ ita per se non ferat, non nisi partibus auditis, facile decernet; maxime durantibus feriis, si quando ejusmodi causæ sint, ut feriatis diebus agi queant; quomodo memini Curiam censuisse in causa Appellationis, cum inferior Judex ad petitionem Actoris, reo non audito, mediis feriis, injunxisset, ut partes de biduo ad biduum disceptarent, in causa *Eilardi Jeens* Appellantis contra *Bern. a Zevenaer, 2. Sept. 1680.*

36. Nullus frequentior Processus Summarii usus est, quam ex debitis chirographariis subscriptione vel confessione agnitis. ** E quibus actor

* Processus Ordinarius, in quo solennis judiciorum ordo observatur, a Processu Summario apud nos ex eo dignoscitur, † quod in illo solennis litis contestatio, in hoc summaria rei responsio, Einlassung, desideretur; in illo actori probatio ordinaria, Beweis, in hoc saltim demonstratio, Bescheinigung, injungatur. Dn. Berger. *in Elect. Proc. Execut. th. 2.* Sicuti autem actor causas summarias processu Ordinario tractare in suum præjudicium non prohibetur, *Dec. Elect. 12.* ibique Philipp. *Obs. 2.* Carpz. *l. 3. Resp. 31. n. 23.* Swendend. *ad Fibig. pag. 1106.* ita etiam in ordinariis summarie procedere ipsi permittitur, quoties omnia facta libelli per documenta docere potest, *Ref. Gr. d. an. 1653. 57. gr. 8.* conf. Casp. Henr. Hornii Antec. Witteb disp. *de Processu Summario ex §. 8. Ref. Elect. Sax. nov. 1709.* habitam. aut adversarius consentit. *O. P. S. tit. 1.* §. Besonders. Carpz. *P. 1. C. El. 2. def. 18. n. 3.*

† Cum Ordo Judiciaricus Saxonius in causis ordinariis fere ad summariam brevitatem redactus sit, abolendam esse distinctionem in causas ordinarias & summarias, visum est Legislatori nostro in *O. P. S. E. I. & E. Append. §. 1.*

** Sicuti Processus alius est ordinarius, alius summarius, ita hic iterum nobis subdividitur in summarium in specie †† & Executivum. ††† Hic locum habet, quoties actor ex instrumento liquido seu guarentigiato, ad executionem statim faciendam tendit. vid. Landes-Ordnung *d. A. 1555. tit.* versatte Brief und Siegel. Corp. Jur. Sax. *p. 39.* add. Dn. Swendend. *ad Fibig. p. 1139.* Requisita Instrumenti Guarentigiati, prolixe tradit Dn. Berger. *in Elect. Proc. Execut. th. 9. seqq.* quæ huc redeunt, ut ex eo statim liqueat, quis, cui, quale, quantum, & ex qua causa debeat. add. Carpz. *l. 4. Resp. 9. n. 16.* Tenetur autem reus in hoc processu instrumentum ab actore productum recognoscere, nisi illud possit diffiteri, aut instrumentum ita comparatum sit, ut recognitione haud sit opus, vid. *Ref. Grav. d. an. 1657. gr. 2.* Conf. omnino Berger. *l. c. & Disp. ad Proc. I. th. 55. seqq.* ubi & *th. 58.* Processus Cambialis, imprimis Saxonicus, est consideratus. De Processu Mercatorio in Judicio Mercatorio Lipsiensi observando, vid. Leipzig. Handels-Gerichts-Ordnung, confirmatam a D. Jo. Georg. III. *an. 1682.* Leipzig. *Statut. p. 31.* add. Menck *ad O. P. S. Disp. 1. Proœm. §. 55. seqq.*

†† Hujus aliquod instar habent causæ, quæ ex confessione, pactis, indubitatis documentis, rebus judicatis, aut actis judicialibus in continenti probari possunt; causæ in universum omnes, quorum æstimatio, si sortem demtis usuris inspicias, summam 50. florenorum haud superant, nec non, quæ commercia, politiam, opificia, ædificationem, rationes, famulosque concernunt; quæ modo quam maxime summario dijudicandæ & sopiendæ sunt, de quo videatur. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 1. §. 6.*

††† Executivi Processus ea, quæ antea, obtinet forma, nisi quod & hic prima citatio, Spatium Saxoni-

petit citationem debitoris, quo manum suam agnoscat, vel inficietur. Si agnoscat in judicio, parata est provisio, qua condemnatur reus ad consignandam in judicio pecuniam, quam tollit Actor, præstita cautione de restituendo, si contra judicatum fuerit: nam etsi Reus se opponat causæ debiti, si tamen agnoscat manum, consignare debet, & meritum oppositionis deinceps ordinario processu disceptatur, quod etiam fit, si reus manum suam inficietur, *lib. 3. Statut. tit. 15. §. 1.* Si vero nolit agnoscere manum suam Reus, vel isti fini bis citatus non compareat, in pœnam duplicis contumaciæ Chirographum pro agnito habetur, *d. lib. 3. Stat. tit. 12. § 1.* Ratio hujus provisionis, est calumnia debitorum frequens, qui contra proprias confessiones & subscriptiones quotidie κρηοφύγετα quærunt. Quia tamen hæc species quædam condemnationis est ante causæ cognitionem, non debet extendi ultra ipsos debitores confessos, non ad eorum successores, nec heredes, neque particulares, quia facti alieni præferre licet ignorantiam, *l. 11. §. 2. de jur. & fact. ignor.* ut apud nos recte observari, monet Sandius *lib. 1. tit. 8. def. 1.* etsi aliter in Gallia, teste Imberto *1. Inst. Forens. c. 29. verb. Chirographum.* Mulier nupta si cum Marito subscripserit, & Vir solus suam manum agnoverit, hoc ad condemnationem mulieris, etiam ejus, cujus Legitimus ille

cum, & præjudicium pœnam recogniti continere debeat. *O. P. S. E. I. & E. Append. §. 3.* Cæterum definitio Instrumenti Guarentigiati nobis hæc a voce Principali procedit: Instrumentum tale, ex quo de omnibus circumstantiis, quæ ad condemnatoriam in processu executivo requiruntur, in continenti judici fieri potest fides, quamvis illud signo non sit munitum, aut damni quid passum sit, modo in essentialibus sit integrum, nec cancellatum aut incisum. Instrumentum non a Reo, sed ab alio ejus nomine subscriptum, æque est aut recognoscendum, aut jurato diffitendum. Referens pro guarentigiato habendum, quod aut ipsum relatum, aut ejus plenissimum sensum continet. Instrumentum etiam contractus bilateralis, aut conditionatum, guarentigiatum est, ita tamen, ut, nisi renunciatum exceptioni n n adimpleti contractus, aut implementum contractus conditionisve existentia instrumento æque indubitato doceatur, negante reo contractus implementum aut conditionis existentiam, probatio & reprobatio interlocutoria sententia injungatur, processus executivi vi atque potestate interea suspensa. Quod si inde appareat, temere & litem protelandi causa implementum esse negatum, negans quarta sortis, quæ petitur, parte mulctabitur, inter Judicem, actorem, & Prochodochium Waldheimense per trientes dividenda, aut egens carcere, vel alia arbitraria pœna luet, nisi jurato asserere possit, sibi rem, cum negaret, non aliter fuisse cognitam, quo casu in sumtus litis tamen condemnabitur. *d. App. §. 4.* Non obest instrumento guarentigiato causæ debendi specialis omissio. *§. 5.* Si in instrumento obveniant formulæ: *proxime*, ehestens, aut, *quam primum potero*, so bald als möglich; item: *pedetentim*, *paulatim*, nach und nach, vel *ut commodum fuerit:* nach guter Gelegenheit; ex prioribus formulis debitor anno elapso ad solutionem compellendus, in posterioris generis, spatia solutionis faciendæ ex officio a judice secundum æquitatis regulas determinanda sunt. *d. App. §. 6.* Heredes & Cessionarii executive acturi, legitimatione ad causam in primo statim termino, sub pœna quinque uncialium defungantur, dubio emergente reus eventualiter instrumentum recognoscet, in sententia autem, si legitimatio fuerit manca, hæc ut rectius fiat, injungetur, nulla factæ recognitionis habita ratione. Si heredes conveniantur executive, nec, heredes esse, in continenti ex liquidis documentis doceri possit, petenda est responsio, Einlassung und Antwort, in qua responsione, si se heredes esse negent, probatio & reprobatio per interlocutoriam injungenda est eadem tamen temere neganti pœna imminente, quæ inficias eunti *§. 4.* injuncta est. *§. 7.* Reo executive convento, in ipso termino exceptiones opponere licet, neque tamen alias, quam ex claris instrumentis, aut actis aut confessione partis in continenti liquidas, ita quidem ut nec Exceptioni non numeratæ pecuniæ, nisi in continenti liquidæ, locus relinquatur. Si tamen in reconventione hanc subf isse demonstretur, reus pœna temerariæ negationis *§. 4. & 7.* expressa afficiendus est. *d. App. §. 8.* Diffessio quoad contenta in processu executivo non admittitur; Actor juratam diffessionem ordinarii processus electione impediturus, faciat hoc ante rem judicatam, refusis reo impensis. *d. App. §. 9.* Sententiæ & sortis quantitas, & tempus, ex quo usuræ aut interesse moræ computandum, inseri debent; si hoc non factum, computatio a tempore litis motæ facienda, sumtus judiciales, quos actor sub amissionis pœna apud acta liquido demonstrabit, secundum novissimam constitutionem moderandi, sumtus in executionem fact[?]in termino executionis a judice secundum eandem constitutionem ex officio ordinandi sunt. *d. App. §. 10.*

Curator

Curator est, respectu sufficit; etsi cum sola subscripsit, ipsius agnitio est necessaria, cum vir eo casu ignorantiæ excusationem habeat. Ita visum est Curiæ Supremæ in *causa Conradi Ludinga in qual. contra Johannem Everhardi cum sociis, 11. Octobr. 1680.* Supposito scilicet, mulierem, quæ sola subscripsit, valide esse obligatam, quod certis casibus obtinere, dicendum est *alias.*

37. Nam si mulier sine auctore Viro contraxerit in casibus non exceptis, etsi fateatur manum suam, tamen non condemnatur ad provisionem, quia statim liquet, eam plane non teneri; quemadmodum, nec si Actor qualitatem suam, veluti Curatoris, in qua petitionem instituit, non probaverit, ut Sandius docet *d. lib. 1. tit. 8. decis. 2. & 3.* ubi plures casus, quibus cessat illa provisio, quos inter *Exceptio non numeratæ pecuniæ.* Quanquam Grœnewegius *notis ad Grot. introduct. lib. 3. c. 5. n. 4.* tendit in contrarium; per hanc *provisionem,* sublatam esse exceptionem pecuniæ non numeratæ; quod Grotio nequaquam, ut diceret, in mentem venit; multoque solidius demonstrat contrarium Sandius *d. def. 3. vers. Exceptio.* Est & hic casus provisionis cessantis, si ex contractu utrinque obligatorio agenti, objiciatur, quod a sua parte contractum non impleverit; veluti, si venditor petens pretium, rem nondum tradiderit. Sand. *ibid.*

Denique, remedia peremtoria & dilatoria, causam spectantia, si in continenti probari queant, aliter non, impediunt hanc condemnationem summariam, ad consignationem pecuniæ debitæ ante plenam causæ cognitionem, quam vulgo Celtica voce *Namptissement* appellant, ut latius idem explicat, & rebus judicatis confirmat; adde his quæ dixi *part. 2. Jurisp. Hodiern. lib. 2. c. 30.* In multis Foris ad modum differentiæ, quæ est inter ordinarios & summarios processus, pertinet, quod ubi ordinarii in scriptis, illic summarii viva voce disceptentur; idque ita in Curia Hollandiæ puto servari. Apud nos idem est in Statutis *lib. 3. tit. 16. art. 1.* addita limitatione; nisi inter disceptandum notabilis appareat difficultas, quo casu partibus injungi possit, ut scripturæ commutentur usque ad *duplicationem*, dilationibus apud Curiam præcise *octiduanis.* Sed hæc limitatio parum abest, quin regulam absorpserit; ferme enim ita servatur, ut omnes summariæ causæ in scriptis ad eum modum tractentur: aut si fiant viva voce, non tamen id *solenniter coram Senatu*, ut habet Statutum, perorando, sed in *Rotula* dictando peragi solet; ut in Camera quoque Spirensi factum, ipse videre memini. Verum hæc ubique eodem modo non servantur, & sunt *moris* potius, quam *Juris.*

Quod jam attinet ad ea, quæ per libellos deciduntur, de his locus erit agendi commodior *ad tit. de Re Judicata*, ubi etiam de iis, quæ *μονομερῶς* per decretum, sine contradictione peraguntur, probationibus tamen apud Acta prolatis, ut fit alienatio prædiorum minoris, *l. 6. C. de Præd. Min.* Veniæ ætatis impetratio, *l. 3. C. de his, qui ven. æt. imp.* Interdictio bonorum, *l. 1. in pr. & l. 6. C. de Curat. Fur.* Transimus ad alteram *hujus tit.* partem.

DE FORO COMPETENTE.

XXXVIII. Summa regula, quod Actor sequitur Forum Rei, fundamentum, cogendi facultas; quæ est vel in loco domicilii, vel rei sitæ, vel rei gestæ. XXXIX. Hoc consideratur primo, respectu totius Reipublicæ. XL. Dein respectu Provinciæ, tam ratione causarum, quam XLI. ratione Personarum, quæ exempli gr. XLII. Ut sunt in Frisia, referuntur. XLIII. Domicilium proprie dictum, & ejus ratio respectu Fori, cum oppositione domus, quæ non habet larem. XLIV. An & quatenus hoc in Studiosis obtineat; ubi, an Professores recte Studiosi vocentur. XLV. De Foro mulierum Nuptarum, & an hæ duobus locis domicilium habere possint. XLVI. Num quis omnino sine domicilio esse possit. XLVII. Locus Originis an nova sit causa Fori. XLVIII. Locus rei sitæ, causa Fori tum in mobilibus, quam immobilibus. XLIX. An Hereditatis petitio in utroque Foro, an in domicilii tantum, institui possit. L. In rem actionem institui posse, tam ubi res sita est, quam ubi possessor habitat. LI. Mixtæ actiones ubi instituendæ. LII. Ubi judicia possessoria. LIII. Tertia causa Fori, Rei gestæ, pertinens ad contractus, vel delictum, excepta actione de dote. LIV. Locum contractus non tribuere Forum, nisi debitor illic reperiatur, aut bona illic sita habeat. LV. Item, nisi debitor in isto loco aliquandiu commoratus fuerit, non si aliter transierit. LVI.

LVI. Jura Collegiorum hac parte. LVII. De Foro ex causa delicti, & an jure civili delinquentes ubique puniri queant. LVIII. Præventio in delictis, ubi locum habet, & quomodo fiat.

38. (p) **A**Bsolvimus partem primam Rubricæ *de Judiciis.* Sequitur pars altera in his verbis; *ubi quisque agere vel conveniri debeat*, quo loco particula *vel*, non tam alternativa, quam exegetica esse videtur: nec enim alibi agere debet Actor, alibi Reus conveniri. Summa decantata regula Fori est hæc: *Quod Actor sequitur Forum Rei, l. 2. & l. 5. C. de Jurisd. l. ult. C. ubi in rem actio.* Cujus Ratio non tam est, quod Reus sit actore favorabilior, etsi verissima, *l. 125. de R. J.* sed quod necessitas vocandi & cogendi alium ad jus æquum, non nisi a superiore proficisci queat, superior autem cujusque, non est alienus, sed proprius Rector. Vocandi, inquam, *& cogendi:* quandoquidem sine coactione Judicia forent elusoria; nec alibi Forum lege stabilitur, quam ubi illa cogendi facultas adhiberi potest; non tamen, ut ubicunque illa valet, sit forum, sed ubi res & æquitas patitur. Vis illa compellendi partes ad æquum jus, inprimis est in loco *domicilii*, est etiam in loco *rei sitæ*, & *rei gestæ*, si Reus illic haberi possit, alias secus. Hinc tria sunt loca fori in jure nostro, *Domicilii*, *Rei sitæ*, *Rei gestæ*. Domicilium Interpretes faciunt triplex; quos sequitur D. A. Matthæus *Disput. de Judic. 4. th. 2. Domicilium*, inquit, *triplex est, Primum Respubl., alterum Origo, Tertium sua cuique voluntas facit.*

SCHOLIUM.

Male id Interpretes. Contrarium ostendi in Differt. de eo, qui sine domicil. c. 1. §. 42. & seqq. *Scilicet, forum originis revera ab omni domicilio differre, etsi domicilium quandoque in loco originis præsumatur, ut in filiosam.*

RESPONSIO.

Quo sensu id Interpretes, concedo minus recte doceri: Velim tamen ad ea, quæ nos persequimur in sequentibus, animum adverti. Quod ad locum originis attinet, ille a domicilio perspicue distinguitur. Ratione Reipubl. Domicilii consideratio non videtur omnino esse aliena: sicut nos instituimus.

N. ADDIT.

Etiam consideratio domicilii Reip. a foro domicilii est aliena. Nam forum Reip., vel, ut alii dicunt, patriæ, aut pertinet ad forum originis, aut certe separatam fori speciem constituit, foro domicilii contradistinctam. Et quid opus considerationibus prolixis hujus fori, cum autor ipse fateatur in posit. 52. meæ edit. *his temporibus nec Romæ, nec loci originis fora, ullum habere usum? Quod & ipsum in Scholio hic omisso approbavi, addita tamen illa limitatione, quod tamen domicilii in loco originis usus non sit nullus, per tradita* in d. differt. (*quæ inter differt. Lipsienses secunda est,*) c. 1. n. 65.

39. Domicilium vel respectu Imperii totius Reipubl. vel ratione certi loci consideratur. Priore sensu civis Atheniensis habet forum in Attica, Megarensis in Megaride, Frisius hic, Batavus illic. Altero, quisque suo in municipio domicilium habet; In majoribus Imperiis domicilium habet triplicem respectum, Reipubl., Provinciæ, Municipii, ut est in jure Romano. Qui habet in Imperio Romano domicilium, is forum habet in sede Imperii, hoc est, *in regia urbe, quæ habetur & est communis Patria, l. 6. §. Roma. 11. de Excus. Tut.* & quidem in privatis rebus, si illic reperiatur reus, ut perspicitur, ex *l. 2. §. 3. l. 14. & l. 26. D. h. t.* Nam etsi quoque absentes cogi possint ad regiam urbem venire, non fuit tamen hæc molestia civibus promiscue creanda, *N. 69. c. 1.* Sed in publicis negotiis undique, subjecti Imperio ad principem summamve potestatem evocari possunt, *l. 24. in pr. h. t.* quos ibi publica necessitate deprehensos, ob privata negotia convenire non licet, ut nec legatos, quique ad judicandum, testimoniumve dicendum, appellandum, rationemque tutelæ reddendam, petendamve restitutionem in integrum, venerunt; hi enim omnes habent jus revocandi domum suam, *d. l. 2. §. 3. l. 8. & l. 24. & seqq. h. t.* Moribus hodiernis, necessitas veniendi ad sedem Imperii, ob publicas rationes, eadem est ubique. In privatis non est eadem ratio: nec enim ubique sunt urbes, in quibus summa resideat Imperii, infra quam reliquæ, ut municipia membraque subjecta existimentur: sed imperii vis per omnes ditionis subjectæ partes æqualiter est diffusa, quanquam dignitate quædam præcellunt: nisi quod Venetiarum, Florentina, Genuensis, & si quæ similes sunt civitates, erga suas ditiones eodem modo, quo Roma, se habere videntur; etsi an idem jus in privatis illic obtineat, non habeo

(p) *Pos. 46. & seqq.*

dicere;

dicere; sed in plerisque Rebuspubl. Civitates majores, etiam in quibus Principes aut optimates Rectoresque degunt, nihil in cæteras habent prærogativæ jurisdictionis; ut in nostris Rebuspubl. manifestum est.

40. Respectu Provinciarum locus domicilii præbet forum tam ratione causarum, quam personarum. Priore, qui in singulis habitant Provinciis, ad Rectores earum, qui sunt Præsides, Proconsules, aut Legati Cæsaris, vocari possunt, ob causas, illorum cognitioni delatas, cujusmodi sunt omnia, quæ τῶν ἀρχικωτέρων, *imperii magis quam jurisdictionis* habentur, ut est in *l. 26. ff. ad municip.* de quibus *ad tit. de Jurisd.* actum est, obiterque repetenda sunt; Restitutio in integrum, missio in possessionem bonorum, *d. l. 26. §. 1.* Interdictorum causæ, *l. 1. §. 2. C. de Interd.* Cognitio tutoris suspecti, *l. 1. §. 11. ff. ad SC. Tertull.* omniumque causarum criminalium, *l. 1. de off. ejus, cui mand.* & si quæ alia majores judices postulant: quales moribus hodiernis fere sunt causæ Religionis, pacis publicæ, mandati de non offendendo, Pignorationum, sive Repressaliorum, Quæstionum matrimonialium, & devirginationum quæ dicuntur, Legis *diffamari*, Vocandorum testium in perpetuam rei memoriam, & si quæ similia sunt, de quibus vide Gailium *lib. 1. C. 1.* eademque & apud nos exacte servantur, excepto eo, quod de Restitutione in integrum diximus *ad tit. de Restit. in int. n. 5.* Non eadem ubique tamen est ratio, cum multæ sint Respubl. in quibus singulæ civitates habent merum Imperium, aliaque jura Præsidum exercent; cum alioquin ea, quæ in Jure civili Præsidibus & majoribus judicibus adscribuntur, hodie supremis fere Provinciarum Curiis vindicentur; cujusmodi quod in genere omnes majoris momenti causas esse, monent Interpp. ex *l. 31. §. de liberali. 7. ff. de Recept. qui arbitr.* vix tuto adseritur; melius ad illas legis auctoritas requiritur, ut in *d. l.* causæ status illuc referuntur, Gail. *d. obs. 1. num. 31.*

41. Præterea sunt in quaque Rep. vel provincia plures, qui ratione domicilii indigenæ magis Reipub. provinciæve, quam certi loci in quo commorantur, esse videntur, de quibus idem Gailius *in d. cap. 1. n. 31. & seqq.* quales sine dubio sunt, qui nusquam certa sede, quod appareat, ac habitatione conquiescunt, ut sub quo judice conveniri debeant, ignoretur; hos ad Supremam Curiam sive Præsidem vocari posse, atque debere, manifestum est, sive alicubi deprehendantur, sive per Edictum citandi sint. Quoniam vero hæc res ex ratione Juris civilis constat potius, quam certis regulis inde petitis & exemplis, quæ pro cujusque Reipubl. constitutione variant, velim nobis indulgeatur, Patriæ nostræ exempla quædam in hunc usum adducentibus, quæ non erit difficile cuilibet ad suæ Reipubl. statum, quatenus haud dispar fit ordinum situs, accommodare. Legem habemus omnibus fere populis communem, quod *municipes*, hoc est cujusque civitatis cives, *& agricolæ, non nisi apud suos*, in singulis locis *Judices, prima instantia* vocari possint, *l. 3. Stat. tit. 8. art. 1.* Nam ratione Appellationis valet iterum generale domicilium, quo quisque Forum habet apud supremum provinciæ, in qua domicilium habet, judicem. Ex hac regula, *municipes & agricolæ non possunt evocari ad generale Forum*, sequitur, eos, qui majore qualitate quam municipum & agricolarum eminent, immediate subjectos esse Curiæ supremæ; cujusmodi argumentum a negativo sensu, in Constitutionibus, quæ non sunt restrictæ ad certas factorum species, satis probatum est; ejusmodique specimen dat Sandius in hac consequentia: Statutum ait, *Viros se gerentes, ut Curatores uxorum suarum, res illarum administrare.* Ergo, ait, si non gerant se ut Curatores, nihil quoque juris habent in earum bonis administrandis, *lib. 1. tit. 2. def. 3.*

42. Primo igitur ratione qualitatis hujus eminentis, vocantur ad Supremam Curiam Ordines ipsi in Causis Patrimonialibus, qua gratia suum habent Advocatum eundemque Procuratorem apud Curiam, cujus hoc est officium, Ordinibus, sive agant, sive conveniantur, patrocinari. Nec gravati sunt etiam in causis ad regimen spectantibus: si tamen essent pecuniariæ & ex contractibus oriundæ, sistere se debent Curiæ, ut auctor est nauta in *decis. Msc. 110.* ubi refert, Ordines fuisse condemnatos in id quod interest, conductoribus vectigalium, quod inter conditiones redimendi vectigalia retulissent articulum rei, decreto jam abolitæ *anno 1633.* etsi cum deinde in probatione ejus quod interesset, publicani deficerent, condemnatio illis esset inutilis. Secundum Ordines, Illustris Gubernator alio quam generali domicilio Provinciæ censeri nequit, ac ita, si contingeret, eum conveniri, id apud Supremam Curiam foret instituendum. Idem in cæteris Reipubl. Collegiis superioribus, etiam in Civitatibus atque

Præturis integris, indubitatum est. Quin etiam singulæ personæ, & membra talium Collegiorum, ad summam Rempubl. vel singulas integrantes Reipubl. partes spectantium, ejusmodi conditionis sunt, ut Sandius in *def. 1.* testatur. Præter eminentiam status, & domicilii generalis respectum, hæc ratio Forum personis insignibus apud Curiam adsignat; quod tenuiores in locis suis deterioris essent conditionis, nec æquo jure fruerentur impares; quæ causa metus apud supremam Curiam cessat. Hinc etiam *Nobiles* domicilii forum * generalis habent; nec alienum a ratione, Nobilibus hac parte adæquari potentiores familias, etsi Nobilium nomen non præferentes, ut in quibus eadem ratio militat. Quod de singulis Collegiorum membris retulimus, id de superioribus indubium est; etiam de Prætoribus & Consulibus, apud Sandium *d. Def. 1.* de Adsessoribus Tribunalium in agris, idem inde jam olim servatum esse, testatur D. Saekma *not. Msc. ad Stat. d. l. 3. tit. 8. art. 1.* & res dictat, cum ipsi sint judices in suis locis, eos ibi privatis agricolis duriores adversarios fore; quod & in Scribis secretariis, qui plus aliquando valent quam ipsi Adsessores, & membra sunt Collegiorum in quibus funguntur, obtinere, jubet ratio & usus, ut puto. Advocatos & Ministros Curiæ prima quoque instantia illic conveniri, Sandius refert, non tam eminentiæ quam connexionis cum ipsa Curia causa: At si Doctores Juris, quos Nobilibus comparari, est antiquum axioma; qualitate dignitatis supra municipes & agricolas eminere, non immerito statuatur; Utique de Verbi divini Ministris, vetus & indubitata fori observatio est, ut ad Curiam vocentur immediate; quod tamen jure civili sic obtinet, ut inferius, inter privilegia fori videbimus. Nam quæ modo commemorata sunt, ad privilegia referri nequeunt, utpote cum nulla lex in earum personarum gratiam lata reperiatur; sed potius municipum & agricolarum favor in eo vertitur, ut eminentiores ad Curiam, id est Præsidem Provinciæ, qui Principis vices gerit, vocare queant, ipsi illuc evocari non possint.

43. Sic fuit domicilium ratione totius Provinciæ. Sequitur speciale, quod proprie nominatimque pro domicilio habetur, & quod habet quisque suo in municipio *pagove;* hac voce non pro una tantum cohabitatione vicove, sed & pro majore territorio accepta, ut est Latina significatio; sicut olim Germanos in ejusmodi *pagos* fuisse divisos, auctor est Tacitus *lib. de mor. Germ.* quemadmodum nostrates apud singulos vicos sive *παροικίας parochias*, ut alibi, non habent tribunalia, sed unum commune majori territorio, sub prætore judicibusque, constitutum est. Heic, etsi neminem latet, quid per domicilium intelligatur, tamen collocanda est descriptio Domicilii, quam sic complexi sunt Impp. *Ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit; unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet; unde cum profectus est, peregrinari videtur, l. 7. C. de incol.* Et Alfenus in *l. 203. de V. S.* domum esse, *ubi quisque sedes & tabulas habet, suarumque rerum constitutionem fecit.* Per *tabulas* intelligit, opinor, œconomiam, de qua tabulas accepti & expensi faciebant veteres patresfam. quas qui non faceret, eum extreme negligentem existimabant, teste Gellio *lib. 5. c.* 18. Hoc domicilium Ulpianus in *l. 1. §. 2. ff. de agnos. & alend. lib.* vocat *Hospitium*, opposite ad domum, quæ larem non habet, ut in villa solet ab his, quibus in urbe lar est, qua de re dix. in *P. 2. Digress. l. 1. c. 12. n. 3.* Inde vero & hoc discimus ex *d. L. 1. §. 2.* citationes atque denuntiationes fieri debere ad domum, quæ larem & summam rerum habet, quod exacte convenit cum eo, quod omni die usu

* Apud nos Schrifftsassii conveniuntur in Judicio Aulico, aut Curiis Provincialibus, quo nomine comprehenduntur Comites, Barones. Nobiles, Senatus etiam Civitatum, qui præfecturis non subsunt, sed Principi immediate parent, die auf sonderliche Schrifft und Cantzeley sitzen, Appell. Ord. *d. an. 1605. tit.* Wer vor unser Appell. Gerichte. Ober-Hof-Gerichts-O. dn. zu Leipzig. tit. Wer vor unser Ober-Hoff-Gerichte. *Corp. Sax. p. 131.* Eodemque Schrifftsassiatus Jure gaudent Academiæ, imo Lipsiæ singulæ Facultates. Carpz. *Jurispr. Eccl. l. 2. def. 402.* Schilt. *Inst. Jur. Can. lib. 1. t. 13. §. 5.* Schrifftsassiorum quoque liberi pari cum Parentibus dignitate eodemque foro fruuntur. Carpzov. *P. 4. C. El. 43. def. 11.* Ziegler. *ad Praxin Calvol. §. Schriftsas. & Amtsas. concl. 2. n. 12.* Imo simultanee quoque investiti in actionibus personalibus & realibus hoc forum agnoscunt, etsi actio feudum plane non concernat. conf. Torgauisch. Aussch. *d. An. 1583. §.* und dieses *§.* iedoch *C. J. S. p. 483.* Carpz. *l. 2. Resp. 12. num. 14.* Schilt. *ad ff. Ex. 13. §. 27.* Dn. Horn. *Ex. Feud. XI. th. 30.* sine discrimine, sive simultanee sint investiti de feudo Schrifftsassico, sive de Amtsassico. Dn. Berger. *Diss. de Nexu jurisjurandi, quo fidelitas & subjectio continentur. §. 47.* non tamen simultanee investitorum liberi. Struv. *Obs. feud. c. 16. Obs. 6.* add. Menck. *ad O. P. S. t. 1. §. 7.*

venit

venit in foro. Solent homines beatiores in urbe domicilium habere cum lare, quod est *hospitium* Ulpiani, in agris habere prætoria voluptuaria. E diverso nobiles amant habere domicilium fixum in agris: In urbe domum vel diætam sine lare fixo, quod alioquin diverso ab Ulpiano sensu, *hospitium* quoque nominari posset. Denuntiationes & citationes ad domum, quæ non habet larem, factæ non valent, ut a Curia suprema, quod sciam, judicatum est in causa *Jacobi Sydtses, contra Gelliam Petri 2. Jul. 1680.* Et eadem ratione Legati, licet diu in iisdem locis agant, quia tamen alibi summam rerum fixam adeoque *domum* alibi habent, non possunt in loco legationis conveniri, ne quidem olim Romæ, etsi illic antea contraxissent; quod tamen est verum, in illis fuisse privilegium, *l. 2. §. 3. & l. 8. de Judic. l. 5. §. 1. ff. de pec. const.* verum de privilegiis *inferius* agetur. Hæc res hodie valet in Legatis Provinciarum nostrarum Hagæ Comitis ad Collegia Ordinum Generalium, Consilii Status, & Rationum Belgii Fœderati; nec non in Adsessoribus Collegiorum maritimorum, quas *Admiralitates* vocant; etiam in Legatis Plenipotentiariis Ordinum Frisiæ, & Eorundem Deputatorum, atque Præfectorum Ærarii, qui fere omnes in locis officii sui diætas habent temporarias, vel si domus occupaverint, Larem tamen cum uxore liberisque fixum habere non solent: etenim si plane se instruxerint in iis locis, nihil præcipuum habere videntur, quo minus & ibi forum sortiantur, nisi privilegio nominatim exempti fuerint, qua de re *inferius* agetur. Quapropter Scribæ secretorum, Commissarii, & Agentes quos vocant, cæterique ministri talium Collegiorum, nisi perinde specialiter exemti fuerint, quando habitationem in iis locis habent perpetuam, foro illius loci debent esse subjecti.

44. Verum qui studiorum causa peregrinantur, etsi in conducto apud Academiam aliquam habitent, domicilium tamen illic habere non intelliguntur; quia non habent ibi fixam animo sedem fortunarum suarum, cum in studiis ideo versentur, ut apti ad genus aliquod vitæ honori studiorum conveniens, quod in loco ad summam vitæ sedemque fortunarum suarum idoneo exercere queant, evadant. Exceptionem addit Alexander Imper. *nisi decem annis transactis, eo loco sedes sibi constituerunt, secundum epistolam D. Hadriani, l. 2. C. de Incolis.* Solum tamen lapsum temporis non sufficere, volunt Interpp. nisi alia voluntatis Studiosi declaratio accedat, ut Donell. *l. 17. Comm. 12.* A. Matth. *disp. 4. th. 16.* etsi Cujacius decennium simpliciter pro causa domicilii agnoscit, *7. Observ. 25.* Rectius dixeris, interesse, utrum in Academia sit Forum proprium Studiosorum, an nullum nisi civitatis commune Forum ibi exerceatur. Si prius, tum nullo temporis lapsu, quamdiu manent Studiosi, foro civitatis, in qua degunt, subjiciuntur: quia tum præscriptio decennalis nullum initium capere potuit; Si vero Academia non habeat Forum seorsim, standum videtur usu, decennali scilicet. Academiæ, quarum constitutio pendet a Rectoribus singularum urbium, fere ita habentur, ut Studiosi Foro communi civitatis subjiciantur, quemadmodum Argentorati & Ultrajecti receptum videmus: Quæ a Principibus aut Ordinibus universarum regionum conditæ sunt, haud temere aliter quam proprio Studiosorum foro utuntur: in quibus igitur huic Quæstioni locus non est, verum in his studiosi sine ulla temporis præscriptione continuo utuntur privilegio fori, quod habent ex *Auth. Habita. C. Ne fili. pro patre*, de quo *inferius*. Quamvis autem in Jure nostro Studiosorum nomine, non tantum qui discunt, sed etiam qui discentium subsellia reliquerunt, & jam foro dant operam, intelliguntur, ut constat ex *l. 1. de off. Adsess. & l. 9. §. 4. in fin. de Pœn.* hoc loco tamen discentes intelligi solos, indicat *d. l. 2.* in verbis, *qui studiorum causa aliquo loco commorantur.* Quod vero Cujacius *d. cap. 25. observ. lib. 7.* scribit, Juris Professores, qui Artem Juris docent, etiam vocari *studiosos* non reperio in textibus ab illo citatis, sed potius contrarium. Nam ita scribit Ulpianus in *l. 1. §. 5. de Extraord. cognit.* Proinde, *ne juris quidem civilis Professoribus jus dicent*, scil. pro salariis suis. At in *l. 4. eod. tit.* Paulus, *Juris studiosos, qui salaria petebant, hæc exigere posse* docet. Professores Juris Studiosis opponuntur; & fuere *studiosi*, præter discentes, dicti, qui Prætores & Præsides sectabantur, ut pro Adsessoribus & Judicibus delegatis fungerentur, sicut ex *d. l. 1. & l. 9. §. 4.* colligitur. Docentes vocari *studiosos*, nusquam liquet, sed bene contrarium, ut Labeonis Auditores constat Studiosos esse dictos, secus ac ipse præceptor, *in l. 2. §. 47. de O. J.*

45. Domicilium ita est sedes fortunæ lariumque, ut cum uxore liberisque paterfamilias in eo versetur: ideoque conjuges & liberi, quanquam

alibi forte agentes, tamen apud maritos parentesque domicilium habere videntur. De filio est *l. 6. §. 1. D. Ad Municip.* Mulier per matrimonii conditionem, suum domicilium habere censetur, *l. 64. in fin. h. t.* Forum *ei ex persona mariti statuitur, l. ult. C. de Incol.* Quod adeo verum est, ut, tametsi mulier a Viro discesserit seorsimque habitet, tamen ex mariti domicilio forum sortiatur; quia non potuit sibi ipsa matrimonii conditionem mutare, *per d. l. 65.* qua de re notabilis decisio Curiæ supremæ, referri meretur hujusmodi: Erat matrona nobilis ære alieno gravata, cujus creditores concursu facto, obligationes suas actis publicis inseri curaverant, ut fit, quando fides labascit; eaque re constat heic jus πρωτοπραξίας, *Prælationis.* Vult autem l. ex, id fieri in loco domicilii, quatenus hypothecæ sunt generales. Matrona dissidens a viro habitabat Leovardiæ, Vir in agro. Creditores alii in urbe, alii in agro relationes in Acta fecerant, temporibus discrepantes. Qui in urbe priores erant tempore, præferri volebant: Posteriores in Agro, dicebant, urbanas *registrationes*, ita vocantur, esse nullas; utpote non factas in loco domicilii, quod esset mariti; & secundum hos judicatum est *inter creditores Luciæ a Wissema* uxoris *D. A. de Popma*, ante *ferias natalitias 1681.* Cæterum, si uxor liberique, diverso a Patre maritoque loco se instruxerint, nihil vetat, eos alibi quoque habere domicilium, *l. 3. & seqq. D. ad Municip. arg. l. 7. C. de incol.*

SCHOLIUM.

De filiofam. concedo, eum sibi novum domicilium posse constituere, non vero de uxore. Neque aliud probant textus adducti. Quænam autem sit ratio differentiæ hac parte inter filiumfam. & uxorem, dixi in differt. de eo, qui sine domicil. c. 1. *§.* 24. 36. & 37. *Quæ Auctor igitur de uxoribus adseruit, valebunt si loco uxorum substituas viduas.* vid. d. differt. *§.* 38.

RESPONSIO.

Probo mulierem nuptam posse & alibi, quam ubi vir degit, habere domicilium; primo, *si judicis auctoritate separatio conjugum facta sit, quod ad thorum & domicilium; cum enim tunc mariti ex domicilio amplius non censeatur, necessario id habet, ubi sese instruxit.* Secundo, *si mariti consensu uxor alio loco sese instruxit, ut officinam & mercaturam exerceat, nihil causæ video, cur ejusmodi mulier utrique foro subjecta esse non debeat,* l. 5. & l. 6. *§. pen. D. ad Municipal.*

N. ADDIT.

Miram vero hic deprehendo mutationem controversiæ: Quæritur, an uxor regulariter possit separatum forum a marito habere, uti filiifamilias a patre. Respondent Doctores quidem, quod possit, eamque in rem provocant ad citatos ab Autore textus, qui, etsi diserte loquantur de filiofamilias, putarunt tamen Dd, ab iis saltem argumentum duci posse ad uxorem, quia scilicet pater magis in potestate habet filium, quam uxorem. Ego vero contrarium defendi d. l. *cum aliis Dd. qui uxoris domicilium propterea referunt ad domicilium necessarium, filiifamilias ad voluntarium. Nam uxor non potest separatim habitare a marito, & hic uxoris simul ac totius familiæ caput est; ideo etiam uxor mariti domicilium* necessario *sequitur,* l. ult. C. de incol. l. 66. ff. de judic. *adeoque & mariti domus matrimonii domicilium dicitur,* l. 5. ff. de R. N. *At filius familias, si pubes evaserit, ipsi sibi domicilium constituere potest,* l. 3. & 4. ad municip. *Ad argumentum dissentientium responsum est, videri quidem id primo intuitu aliquid inferre. Nam, si filius potest mutare domicilium, qui tamen alieni juris est, cur uxor non posset, quæ tamen est sui juris? Si tamen accuratius rem inspicias, facile apparere putem rationem differentiæ. Nam uxor separatim a marito ob firmissimam matrimonii unionem nequit habitare, quæ ratio cum in filiofamilias non adsit, inde nec eadem est juris dispositio. Jam videamus probationes Autoris. Si maxime vera essent, quæ adducit, pertinerent tamen ad exceptiones regulæ nostræ, non ad instruendam regulam contrariam, de qua erat sermo. Sed nec prius probant. Nam quod primum casum attinet, hactenus de separatione uxoris quoad thorum &* domicilium, *nihil legi, vel audivi, quoad thorum &* mensam *multa. At separatio a mensa non infert mutationem domicilii, nec licet durante hac mutatione uxori alibi se instruere, id est alibi habitare cum animo perpetuo manendi, (qui animus demum forum domicilii facit.) Imo talis habitatio repugnaret intentioni separationis illius, quæ eo tendit, ut absentia & recordatio pristinæ consuetudinis desiderium excitet in conjugibus ita separatis, ut sibi iterum cohabitent. Ut taceam, parum apte hanc instantiam de separatione quoad thorum & mensam dari, cum ea ortum debeat juri Canonico, ac ignorata fuerit Roma veteri, cujus instituta jam exponimus. De secundo casu tum demum dispiciendum erit, cum maritus quispiam*

piam consentiet & magistratus id permittet, ut uxor alio in loco officinam & mercaturam longo tempore sine ipso exerceat. Nam ego quidem hunc casum non puto esse moraliter dabilem, cum talis vita repugnet bonis moribus. Aliud est, si consentiat, ut ad breve tempus aliis in locis mercaturam exerceat, daß sie auf die Jahrmärckte herum ziehet. *Nam tale exercitium mercaturæ non acquirit novum forum domicilii*, arg. d. l. 5. l. 6. §. pen. ad municip.

46. Cæterum, absque domicilio difficulter aliquis agere potest; puto autem & hoc procedere posse, si quis domicilio relicto, naviget vel iter faciat, quærens, quo se conferat atque ubi res suas constituat; nam hunc puto sine domicilio esse, verba sunt Juliani, *l. 27. fin. pr. d. t. ad Municip.* cujusmodi Patresfamiliarum, nunc multos facit Antichristi satellitum intemperies & religiosus furor. Aqua & igni interdicti, deportati & proscripti, cum pro mortuis habeantur, vere nusquam domicilium habere dicuntur, *l. 7. §. ult. de cap. min. l. 2. C. ad L. Jul. de vi.* Sed relegatos in his locis, in quos relegati sunt, interim necessarium habere domicilium, res loquitur, *l. 22. §. 3. ad Municip.* Tamen, quia non jus, sed usum soli patrii duntaxat amittunt relegati, nihil vetat, quo minus & domicilium illic, unde arcentur, retinere possint, ut habetur *in l. 27. §. ult. eod.* quod tamen effectum personalis citationis aut functionis habere non posse, cum illic versari nequeant, manifestum est.

47. Sed est hoc in Jure Rom. constitutum, ut non modo quis duplex habere possit domicilium, si utroque loco sese instruxerit, sed etiam locus originis, in quo natus est, si & pater ibidem natus fuerit, illum habet subjectum, *l. 1. & l. 6. §. 1. Ad Municip. l. 1. & seqq. C. de Municip. & originar.* Addit D. Matthæus *d. disp. 4. th. 6.* vel si Pater illic, ubi filius est natus, domicilium habuit, quod, etsi in dictis *legibus* scriptum non sit, res tamen ipsa facile persuadet. Nec contra docet Papinianus in *l. 17. §. Patris. 11. d. t. ad Municip.* Ait enim, Patris domicilium non adficere filium alterius loci incolam; quod est verum. Nam quia domicilium Patris ipsum quoque temporarium est, id per se jus filii mutare non potest. D. Matthæus idem juxta alios, Originem facit *domicilii* speciem, quod non convenit cum descriptione domicilii pridem data, nec cum usu Jurisperitorum, qui originem domicilio opponunt, *l. 6. §. 1. ad Munic. l. 17. §. 9.* junct. *§. 11. eod.* ac alibi. Estne igitur origo, quartum Fori genus a domicilio, re sita, re gesta distinctum? videtur ita, ratione juris Romani. Sunt tamen qui volunt, quod de origine leges tradunt, ad munera tantum, absque fori subjectione pertinere, Mornac. ad *l. pen. de Senat.* Gœddæ. *ad l. 190. de V. S.* Sichard. *in l. 2. C. de Jurisd.* Horum sententiæ ego libens accederem, si per *l. Incola 29. ff. ad Municip.* liceret. Nimis enim videtur enorme, locum originis, postquam domicilium alio translatum est, adhuc fori præbere causam: De provincia certe scribit Ulpianus in *l. 190. de V. S. Provinciales accipiendos esse, qui in Provincia domicilium habent, non eos, qui ex Provincia oriundi sunt:* & quæ ratio, cur secus se res habeat in diversis municipiis? Textus omnes de muneribus, quorum necessitas utrobique, tam originis quam loco domicilii, incumbat, ut Magistratus, Syndici, Tutores esse cogantur, accipi possunt. Eodem sensu Gœddæus *d. l. 29.* interpretatur, sed ratione verborum parum subducta, ut videtur: *Incola & his Magistratibus parere debet*, ait Gajus, *apud quos incola est, & illis, apud quos civis est:* hactenus potes accipere de muneribus. At cætera*; nec tantum municipali jurisdictioni in utroque municipio subjectus est, verum etiam omnibus publicis muneribus fungi debet:* hæc verba responsionem Gœddæi nullo modo ferent. Mallem dicere, non opponi hic domicilium & originem, sed incolatum & civitatem; potest aliquis esse civis, & alibi incola, ut domicilium utrobique habeat, quo nihil hodieque frequentius, uno loco præcipue: altero, electione loci, sine lare fixo. Quod si omnino dicendum est, locum originis, oppositum domicilio, tribuere forum, non aliter hoc intelligendum, *quam si in originis loco reperiatur.* Alioqui enim facultas cogendi cum in jus vocatione non esset conjuncta, quam semper adesse oportere, diximus alias, & *inferius* repetetur. Idem A. Matth. *d. disp. 4. th. 6.* quique ab eo citantur.

48. Fuit domicilium: sequitur locus REI SITÆ, de quo sic Imp. *in l. ult. C. ubi in rem act. Actor rei forum, sive in rem, sive in personam sit actio, sequitur: sed & in locis, in quibus res, propter quas contenditur, constitutæ sunt, jubemus, in rem actionem adversus possidentem moveri;* quam Accursius, & plerique veterum in *d. l. ult.* de rebus soli tantum intellexere, res mobiles in loco, ubi reus domicilium habet, duntaxat petendas arbitrati; hac ratione potissimum, quod

mobilia personalis sequelæ sint, nec ad locum situs se referre existimentur; quod sæpe usu venire, non potest negari, ut alias a nobis observatum est. Sed heic aliam potius rationem sequimur; quod in Foro stabiliendo maxime consideretur, an in promptu sit effectum dare citationi, in cogendis partibus ad obsequium jurisdictionis: quæ facultas æque locum habet in mobilibus, ubi detinentur, quam in immobilibus, ubi sitæ sunt; quatenus utraque, *ubicunque res positæ sint*, *ad dominum vel creditorem reverti possint*, ut habetur in *l. ult. vers. Quid enim. C. de Præscript. long. temp.* Idem firmatur ex *l. 38. ff. de Judic. l. 10. de R. Vind.* in quibus de rebus mobilibus specialiter, in loco rei sitæ petendis agitur.

49. Videlicet, hoc semper tenendum, Domicilii forum esse generale, quod in cunctis actionibus, adeoque etiam in actionibus in rem, obtinere, sciendum est, ut e *dd. legibus* constat. De petitione hereditatis veteres illi minus dubitarunt, quin tam in loco rerum sitarum, quam domicilii sit instituenda, ut Accurs. *& Dd. Comm. ad d. l. un.* aliique citati D. Matthæo *d. disp. 4. th. 15.* tradiderunt; dissentiente Donello, qui tantum in loco domicilii petendam hereditatem existimat, *17. Comm. c. 17.* haud sine textu: nam Ulpianus querelam inofficiosi, quæ est hereditatis petitio, agi oportere in ea provincia, qua scripti heredes domicilium habent, scripsit in *l. 29. §. ult. ff. de Inoff. testam.* Nec aliter Impp. *in l. un. C. ubi de Heredit.* controversiam hereditatis esse terminandam ajunt, *ubi domicilium habet*, *qui convenitur*, vel ubi res hereditariæ sitæ sunt, *si ibi degit.* Separant autem a petitione hereditatis missionem in possessionem bonorum hereditariorum, quam esse petendam ajunt, *ubi res sunt*: quod non est mirum, cum missionem in possessionem rerum, aliter nullo modo, quam illic ubi res sunt, fieri posse, manifestum sit, *l. un. C. ubi de poss.* Qui autem textus petitionem ipsam hereditatis, in loco rerum sitarum fieri posse doceat, nullus adhuc mihi oblatus est: ut non temere sine lege sit adfirmandum, quod nec ratione necessaria potest obtineri: quando alia est ratio singularis rei vindicationis, qua manum quasi rei controversæ imponimus, *l. 1. & l. 6. de R. Vind.* & juris petitionis, qua nos heredes petimus declarari; ut deinde missio in possessionem bonorum in loco rei sitæ subsequatur, *dd. ll.* Idcirco nec mirum est, actionem e testamento, vel in rem, pro legatis & fideicommissis, moveri illic, ubi res legatæ sunt, *l. 38. ff. de Judic. l. un. C. ubi de fideicomm.* etiam ubi hereditas, vel major pars hereditatis est; aut alioqui in loco domicilii, *l. 50. in pr. & §. ult. eod.* sicut aliæ res singulares petuntur. De ipsius Hereditatis universa persecutione, quamdiu textus non proferuntur, sustineamus adsensum: Nam sola ratio, quod res petitæ sunt in potestate Judicum rei sitæ, nequaquam sufficit ad forum, sine lege, stabiliendum; dissentiente *cum aliis* D. A. Matthæo *d. disp. 4. th. 7.*

50. Summa igitur hæc esto; Domicilium in omnibus rebus & actionibus præbet Forum, *l. 1. & 2. de Reb. auct. jud. possid.* Res sita præterea in actionibus in rem singularibus, *d. l. ult. C. ubi in rem.* quo sensu Actio in rem dicitur esse *ex præsenti possessione*, *l. 24. §. 2. h. t.* non excluso domicilio, quod satis includitur verbis *l. 38. pr. de Judic.* *Si per in rem actionem petetur legatum, ETIAM ibi peti debet, ubi res est*; vox ETIAM implicat alium agendi modum, ut in *d. l. un.* particulæ SED ET. nisi cum Hottomanno *3. observ. 7.* pro *peti* legere malis *solvi*: vel quod ego mallem, *dari*. Id sane concinnius fore, non negem: sed nimia emendationum juris prodeat seges, si talibus indulgendum putemus. Sufficit ad hoc quæsitum; verba, *etiam ubi res est*, non excludere domicilium; sicut *in d. l. ult.* verba, *sed & quo res constituta est*, eandem conjunctionem supponunt. Latius hæc deducta vide apud Wissenb. *ad h. t. th. 22.* Sunt, qui locum Rei sitæ non aliter tribuere forum velint, quam si reus illic reperiatur, quod putat Sichardus in *l. ult. C. ubi in rem actio.* idque Vultejus ad *l. 1. d. tit. C. n. 20. & l. un. C. ubi de Hered. n. 25.* probat quoad hereditatis petitionem, ex verbis *d. l. un. vel, si ibi, ubi res hereditariæ sint, degit.* At hæc quidem verba domicilium requirunt; qua de re dictum. Verius est sine dubio, cum in Rem actio *Præsentis possessionis* esse dicitur, & cum textus antea laudati simpliciter ubi res *sitæ*, vel *constitutæ* sunt, danti actionem, id eo modo, *si reus ibidem loci deprehendatur*, non posse limitari. Quin de rebus soli diserte contrarium & πραγματικῶς inculcatur, in *l. 2. C. ubi in rem actio*; *Si dominus possessionis*, id est, *qui suo nomine* possidet, absit, eum, qui est in possessione, conveniri, *certo dierum spatio a judice definiendo, ut vel ipse in loca, in quibus prædium situm est, perveniens, vel Procuratorem mittens, actoris intentiones excipiat*; quod si non facit, actor in possessionem mittitur, *quæstione*

ne principali reservata: quia scilicet, jure civili absens nemo condemnatur, quod hodie secus esse, diximus *ad tit. Si quis caution. in jud. sist.* Hæc methodus in rebus soli præscripta, cum in mobilibus hac parte sit eadem ratio, nihil obstat, quo minus etiam teneat, si quando de re mobili, absente eo qui suo nomine possidet, agatur adversus eum, qui est in possessione, *l. 9. ff. de R. Vind.* Eaque ratio placuit his *diebus* in *Arresto* reali, quo Creditor rem debitoris *Arresto* adficiens, actionem quam habet, personalem, ad instar in Rem actionis redigit, debitoremque cogit, ut ubi res mobilis, aut etiam pecunia Arresto præclusa est, eo veniat seque defendat, aut rem pecuniamve Creditori addici patiatur; qua de re *ad fin. tit. de in jus voc.* latius actum, & mox adhuc aliquid collocabitur. Hæc ego de Foro domicilii reique sitæ alterne conjuncto, moribus hodiernis eodem modo putem obtinere, quemadmodum jure Cæsaris præscriptum est; ut maxime in Rem agatur, ubi res sita est, possit tamen omnino etiam, ubi Reus habitat; ac ita de usu temporum Gudelin. 4. *de Jure noviss. cap. 2.*

51. De mixtis actionibus, excepta hereditatis petitione, quæ partim in Rem, partim in personam esse dicuntur, (quo sensu, *vid. ad tit. Inst. de Action. n. 22.*) non sunt textus speciales, ubi sint instituendæ; Ideoque id ex earum proprietate colligunt Interpretes, cum partim imitentur naturam personalium, partim in rem actiones, illas & apud domicilium, & apud rem sitam esse movendas, ita quemadmodum de Actionibus in Rem dictum est, tradente Matthæo *d. disp. 4. th. 19.* a quibus nihil in summa quod discrepet, habemus; Nisi quod Actio finium regundorum, non videtur alibi, quam apud fines agri controversi, posse definiri; nec etiam Familiæ erciscundæ, communique dividundo facile secus. Proinde sic est statuendum: Posse quidem illas actiones utroque loco, domicilii situsque, moveri; verum, si faciendæ sint adjudicationes manuque divisio regenda sit, partes ad judicem loci remittendas esse, res ipsa loquitur: adeoque magis est, ut hæ actiones ad locum situs pertineant, vehementius quam in Rem actiones ipsæ, quia vindicatio facilius alio in loco; repetitio, inquam, & exhibitio facilius, quam divisio partiumque diversarum adsignatio, fieri ac administrari potest.

52. De possessione dictum est antea, si missio in possessionem petenda sit, non posse eam aliter fieri, nec proinde peti, quam ubi res sita est; neque per rerum naturam alia ratio potest iniri, *l. 12. §. 1. de Reb. auctor. jud. possid. l. 5. §. 27. D. Ut in possess. legat.* Quod si de possessione ex Interdicto agatur, tam in loco domicilii quam rei sitæ agi posse, tradunt plerique, D. Matthæo teste ac adstipulante, *d. disp. 4. th. 19.* dissentiente Cujacio *l. 5. observ. c. 19.* & Vultejo in *l. un. C. ubi de Hered. num. 15.* qui tantum in loco domicilii volunt agi posse. Hos contra Donellus *d. cap. 17.* tantum ubi res sita est, agendi ex interdicto copiam concedit. De loco rei sitæ agitur in *l. un. C. ubi de poss.* cujus verba hæc sunt; *Ubi aut vis facta dicitur, aut momentaria possessio postulanda est: ibi loci judicem adversus eum, qui possessionem turbavit, convenit judicare.* Verum sic locus rei sitæ solus præberet Forum, si juris esset, ut si reus ibi non reperiatur, sed in diversa provincia degat, citari posset per Edictum, ut judicium procederet. Ast hoc fieri, non patitur *l. 2. C. de Interd.* ubi; *Præses provinciæ in eum, qui ejusdem provinciæ non est, nec ex Interdicto potest cognoscere.* Ergo non recte dicitur, forum ex interdicto esse locum rei sitæ duntaxat, sed domicilium est addendum: Nisi quis forte putet, distingvendum esse inter species intentionum, quæ in judiciis possessoriis vertuntur. Si quis facto turbetur, res clara necessariumque dictu est, reparandum esse hoc turbamentum apud rem in ipso loco: vis etiam facta, per quam res occupata tenetur, non potest aliter quam rei evacuatione & restitutione dejecti expediri; cui accedit, quod vis facta species delicti est, quam extra provinciam, ubi res accidit, vetat Imper. cognosci ac animadverti, *Nov. 69. c. 1.* In his igitur speciebus agendum videtur in loco rei sitæ. Aliter se res habet in actione adipiscendæ possessionis, quam nullum turbationis factum præcessit, & quod personalem habet intentionem, *l. 1. §. 3. de Interd.* Denique, & actionem in id quod interest, ratione turbatæ possessionis, ex interdicto dari mere personalem, nec in rem conceptam, probatur ex *l. 1. & l. 3. §. 12. ff. de Vi arm.* Videndum igitur, an non hoc modo concludere liceat; Præsidem provinciæ non posse in diversæ hominem provinciæ, actione mere personali cognoscere, *ne quidem ex Interdicto;* quod tamen ad in Rem paresque actiones non pertinet.

53. Sequitur causa Fori tertia, quam REM GESTAM esse diximus, eamque vel e contra-

ctu, vel ex delicto admisso. *Rem gestam* commodius de contractu delictoque prædicamus; quam alii, contractum generaliter, etiam pro delicto intelligentes, Fori causam appellant, quia sic καταχρηστικῶς accipitur in *l. 20. ff. de Judic.* Sub contractibus etiam negotia, de quibus quasi contrahitur, ut est negotiorum gestio, administratio tutelæ, indebiti solutio, comprehendi, non est dubium, *l. 36. §. ult. h. t.* Senator, qui in Provincia negotia gessit, ibi quoque judicium subire debet, *l. 1. C. ubi de ration. agi deb.* Hoc quoque ἀπὸ κοινοῦ repetatur, domicilium esse Fori causam generalem; adeoque *eum, qui certo loco contraxit, tam ubi domicilium habet, quam ubi contraxit, posse conveniri, l. 19. §. 1. & ult. h. t.* Hoc etiam antehac observatum; Non eum esse locum contractus semper, ubi negotium inter partes celebratum, sed ad quem contrahentes respexerunt, *in quo ut solveret, se obligavit debitor*, est in *l. 21. de O. & A.* Quid autem id est, quod in *l. 43. h. t.* habetur, *eum, qui insulam Capuæ fieri certo tempore stipulatus est, eo finito, QVOCVNQVE LOCO, agere posse in id quod interest, constat?* Verbum *quocunque* civiliter accipiendum, non tantum Capuæ, ad quam partes respexerunt, sed etiam ubicunque stipulatio facta fuerit, atque apud domicilium. Verum de Dote scriptum est in *l. 65. h. t.* eam exigendam esse duntaxat apud mariti domicilium, non *ubi instrumentum dotale conscriptum est. Nec enim id genus contractus, ut tam eum locum spectari oporteat, in quo instrumentum dotis factum est, quam eum, in cujus domicilium & ipsa mulier per conditionem matrimonii erat reditura.* Hinc orta videtur eorum sententia, quam refert D. Matthæus *d. disp. 4. th. 22.* mulierem nuptam per matrimonium ita in domicilium mariti transire, ut ex contractu ante habito, ubi contraxit, conveniri non possit. Non est quidem nihil argumenti in *d. l. 65.* sed ratio Jurisconsulti pertinet ad contractum dotis, in quo celebrando partes se totas ad locum habendi matrimonii, non ad eum, in quo tunc erant una, se retulerunt. Unde non sequitur, mulierem, quæ alium contractum, antequam nuberet, iniit, non cum suo marito, sed cum extraneo, ad eum servandum *ibi* nullo modo teneri. Hæc igitur est exceptio, non personæ mulieris, sed causæ dotis. Cui accedit ea, quam *supra* habuimus, exceptio, de actione personali ad petendum legatum, quæ in loco domicilii, vel ubi res sita est, vel ubi hereditas aut major ejus pars est, instituitur, ut exceptionem hanc a regula Contractus ponunt Interpp. D. Matth. *d. disp. 4. th. 23.* Wissenbach. *ad h. t. th. 18.* post alios. Sed proprie loquendo, non videtur hæc esse exceptio ab hac regula, quæ est de causa Fori & loco contractus, cum ad regulam non pertineat; nec enim contractus in Testamento, ubi legatum relictum est, celebratur, *l. 20. de V. S.* nisi ad hereditatis aditionem, quæ pro quasi-contractu habetur, hanc exceptionem referre placeat.

54. Sed contractus ita Forum tribuit, si contrahens in eodem loco reperiatur, *d. l. 19. in pr.* quod convenit requisito communi inde ab initio collocato, nullam esse Fori causam, nisi cum facultate *cogendi* conjunctam; qualis non est ex historia contractus, si vel Reus ibi non inveniatur, vel bona duntaxat sita non habeat, in quæ missio fieri possit, quando reus se in loco contractus non sistit. Etenim hanc missionem in possessionem pati debere Reum, si contractus ratione conveniatur, patet ex *d. l. 19. §. 2. in fin. l. 19. de in jus voc.* & ex hac ratione; quod tacite se ad defendendam in eo loco causam obligasse videatur, ad quod proinde eum cogi posse consentaneum est, si facultas adsit personam aut bona contrectandi. Verum an hæc obligatio non est tam efficax, ut magistratus loci, in quo degit, teneatur ad remittendum Reum, in locum celebrati contractus? Nulla causa videtur, ob id quod interest causamque pecuniariam, ejusmodi motum ciere violentum: Nam si veteribus in jus vocatio de domo, in eadem civitate non placuerit, quia domus tutissimum cuique refugium sit, etsi in jus vocatio rite fieret olim invitis Reis, *l. 18. de in jus voc. l. 103. de R. J.* quanto minus rationis habet, Reum in causis pecuniariis ex alia civitate in aliam petere remittendum; quod tantum in gravioribus delictis jure civili receptum est? *l. 7. §. ult. de accusat. l. 7. de Custod. Reor. Auth. qua in provincia. C. ubi de crimin. agi oport.* Ratiunculas aliquot contrarias diluit D. Wissenbach. *d. th. 18. ad h. tit.* Major erat ratio dubitandi, an Magistratus domicilii, requisitus a Judice loci contractus, permittere, vel jubere non debeat, Reum in jus vocari in locum ubi contraxit; sed ne hoc quidem moris aut juris esse, probavimus ad *tit. de in Jus voc.* ubi de citatione *requisitoria:* quanquam in eodem imperio inter diversas jurisdictiones legem ferre nihil vetaret, forte etiam expediret, ut hoc modo ratione contractus Forum expeditius redderetur, quod tamen nusquam ita san-

fancitum nobis innotuit, nec quicquam ex jure civili hac de re compertum est.

55. Sed quod diximus, locum contractus non eum esse duntaxat, ubi quis contractum perfecit, sed etiam, ad quem contrahentes respexerunt, adeo verum est, ut hoc etiam ultimum multo minus obnoxium sit exceptionibus. Indistincte enim affirmare licet, eum, qui certo loco soluturum se promisit, ibi conveniendum esse, *d. l. 19. §. 2. l. 1. & t. t. ff. de eo, quod certo loco.* Sed locus *in quo*, notabilem recipit limitationem; ut, si quis *ab advena mercatore aliquid emerit: aut vendiderit ei, quem scit, inde confestim profecturum*, non oporteat eum illic defendi, vel bona possideri; *durissimum enim est, quotquot locis quis navigans, vel iter faciens delatus est, tot locis se defendi.* Verum causa fori tum demum nascitur, ubi quis cum eo contraxit, *qui constiterit alicubi, taberna, pergula, horreo, armario, vel officina conductis, d. l. 19. §. 2.* Quæritur, an eadem limitatio accommodanda sit his, qui, cum eo modo contraxissent, quo dixit Ulpianus *in d. §. 2.* postea in eodem loco non commorantes neque moram facturi, sed iter facientes, *παραπλέοντες, præternavigantes*, aut ex nave vehiculove tantisper egressi, dum locum antiqui contractus transeunt, an, inquam, ibi raptim in jus vocati sistere sese atque defendere debeant, quod æquitatis ratio plane abnuit, D. Matth. *d. disp. 4. th. 24.* nec tamen hoc sine aliquo temperamento. Si enim id quod diximus usque adeo velis extendere, ut nemo nisi qui tabernam, horreum, aut officinam conduxit, in jus vocari possit, illic ubi contraxit, nimis in arctum eadem hæc facultas redigeretur, magisque est, ut conveniri possit, si venerit in eundem locum moram aliquam facturus, etsi nihil conduxerit.

56. Postremo ad forum ratione contractus referri potest, quod qui alicujus collegii aut corporis opificum vel negotiatorum est, si quæratur de rebus ad opificium illud aut negotiationem pertinentibus, non tantum apud judicem ordinarium, sed & apud specialem ejus Collegii judicem conveniri possit, *l. ult. C. de Jurisdict.* dummodo eis jurisdictio data sit ab his, qui jus dandi habent, qua actum de re *ad tit. de Jurisdict.* D. Matthæ. *d. disp. 4. th. 27.*

57. Hactenus de Contractu. Alterum ex re gesta forum, constituere diximus, locum *DELICTI admissi*, sub eadem limitatione, quam ratione contractus obtinere vidimus; si Reus ibi reperiatur, *l. 7. §. pen. de Accusat.* ubi negatur, dominum revocare posse servum maleficii reum in suam provinciam, sed illic, ubi deliquerit, esse defendendum. Idem in *l. 28. §. pen. de Pæn.* Famosos *latrones in his locis, ubi grassati sunt, furca figendos*, additurque ratio; *ut & conspectu deterreantur alii ab iisdem facinoribus, & solatio sit cognatis & adfinibus interemptorum, eodem loco pœna reddita, in quo latrones homicidia fecissent.* Quæ rationes efficiunt, ut si Reus alibi deprehensus sit, ad locum delicti perpetrati sit remittendus, *Nov. 134. c. 5.* Unde occupatur objectio, contra hanc Fori causam, quod locus delicti nihil habeat præcipui, cum regula sit, ubicunque reus invenitur, delicta puniri posse, *l. 1. C. ubi de Crim. ubi commissa, vel inchoata sunt, vel ubi reperiuntur*, ait textus. Non est animus discrepare a sententia Recentiorum, quæ statuit Reum puniri, ubicunque reperiatur, etsi delictis *in alieno Imperio* commissis, teste D. Matthæo *d. disp. 4. th. 28. & seqq.* D. Wissenb. *ad h. t. th. 19.* Thomasius tamen noster movet scrupulum, sed non explicat.

SCHOLIUM.

An hæc adsertio conveniat Jurisprudentiæ Romanæ, uti quidem communiter a Doctoribus adfirmatur, propter l. 1. C. ubi de Crim. *eleganter disquirit Magn. D. Ziegler.* Dicast. Concl. 15. §. 36. & seqq.

N. ADDIT.

Cum Ziegleri locum Autor non viderit, ejus summam explicationis loco subjungo. Quod jure Romano non alibi de crimine cognosci aut accusatio peragi potuerit, quam in provincia, in qua delictum fuit commissum, probat Zieglerus per clara verba l. 7. §. ult. de accus. item legis ult. eod. l. 14. C. ad l. Jul. de adult. item ex Codicis Theodosiani titulo de accus. ejusque l. 10. & 16. *quos textus simul a falsa interpretatione aliorum vindicat. His vero suppositis afferit, verba* d. l. 1. C. ubi de crimin. vel ubi reperiuntur, qui rei esse perhibentur criminis, *exegetice declarare, quod de loco commissi delicti ibi dictum est, non, ut opponantur loco commissi criminis & forum aliquod separatum innuant, sed ut significetur, non posse delinquentem fori præscriptione uti, nec revocare domum, si in loco delicti commissi reperiatur. Atque ita verba illa intelligenda esse: perfici debere quæstiones, ubi reperiuntur, qui rei esse perhibentur criminis ibi commissi. Pro adjuvanda hac sententia adducit insuper* l. 3. pr. ff. de re milit. *Huic vero sententiæ Ziegleri jam non opus est, ut quicquam addamus, cum evidentissima sit, in tantum, ut Autor ipse etiam citra inspe-* ctum

ctum Ziegleri locum senserit, verba d. legis 1. *magis exegetica esse, quam disjunctiva.*

Non contigit videre hunc D. Ziegleri locum, nec tamen ego dissimulem, optare me textus clariores, quibus id evincatur, quod vult communis sententia, quam est copia. Nam præter quod parum abest, quin particula *vel* in *d. l. un.* magis exegetica quam disjunctiva videatur, alii textus *τὸ* ubi *reperiuntur*, de terminis ejusdem, in qua delictum est commissum, provinciæ, nec ultra, videntur accipere; *Quicunque in aliqua culpa seu crimine fuit deprehensus, intra provinciam, in qua facinus perpetravit, publicis legibus subjiciatur. l. 1. C. ubi senat. vel Clariss. In l. 11. D. de custod. & exhib. re.* Cujuscunque *est provinciæ homo, qui ex custodia producitur, cognoscere debet is, qui ei Provinciæ præest, in qua Provincia agitur.* Idem in *l. 3. & 13. de Offic. Præf. l. 1. C. ubi quis de cur. vel cohort.* ibi; *Intra Provinciam.* At hi sunt textus ad hanc rem pertinentes. E quibus aliud nihil colligendum datur, quam quod, in quacunque provincia delictum sit admissum, Reus ibi deprehensus, undecunque sit oriundus, judicari atque puniri possit: sed ut de maleficiis, in alia provincia commissis, alius Præses aut Judex cognoscat, in Jure Cæsarum non reperio. Magis igitur est, ut eorum opinione standum sit, qui Reum talem ad judicem loci, in quo delictum est admissum, censent remittendum, quam communem esse, testatur Farinac. *part. 1. prax. crim. lib. 1. tit. 1. quæst. 7. n. 16.* Rem ita se ex ratione juris civilis habere, non est dubitandum, supposito unius Imperii vinculo communi, quo diversæ provinciæ ad universam publici juris observantiam connectuntur: Sed hodie diffusa in diversas innumerasque civitates sibi mutuo non subjectas Europa, necessitas obligandi judices ad remissiones communicandas nulla viget, estque res illa meri arbitrii, ac humanitatis: Quanquam raro fit, ut amici Principes populique liberi hoc officium requisiti negent, sunt tamen quandoque causæ, ut id commode fieri non possit; quin etiam fieri potest, ut Magistratus locorum, in quibus delicta perpetrata sunt, Reos accipere nolint: ut memini ante aliquot annos factum, de homine Amersfurtano, qui in hac Provincia degens, morsibus conscientiæ assiduis coactus, semet ipsum homicidii in Patria perpetrati reum detulerat. Amersfurtenses, offerente Curia nostra, hominem transmittere parata, detrectarunt: atque ita heic supplicio adfectus est. Nam quia generis humani summopere interest, delicta non manere impunita, postquam remissionum necessitas faciendarum & accipiendarum cessavit, ac in urbanitatis consuetudinem abiit, ut satis constat & testatur Gail. *lib. 1. de pac. publ. c. 16. n. 30.* non immerito receptum est, ut crimina non judicata, ubicunque delinquentes inveniantur, meritis suppliciis coerceantur, ut auctoritatibus atque exemplis probat Sandius *lib. 1. tit. 1. def. 6.*

58. Ex his non est difficile judicatu, quid juris sit de Foro, si delictum aliquod in confinio duarum civitatum, in alia sit inchoatum, in alia consummatum; in una mandatum, in altera perpetratum sit. Nam si deprehensio tribuat jus Fori, licet delictum alibi sit factum, absque necessitate remissionis, nihil est dubii, quin ejusmodi dubiis casibus præventioni sit locus, id est, primæ prehensioni; quam in gravioribus criminibus facere præventionem, potius quam citationem, indubia res est, quia talium rei criminum non citandi, sed rapiendi, custodiendi & exhibendi sunt; *arg. tit. D. & C. de custod. & exhib. reor.* Atque ita Supremam Frisiæ Curiam, memini rescripsisse olim Senatui Academiæ Franekeranæ, cum ei lis adversus oppidanos Magistratus esset, de Gladiatoriæ artis magistro, qui alium graviter vulneraverat, eaque causa a Procuratore Fiscali Academiæ primo citatus, a Magistratu, (erat utrique jurisdictioni subjectus,) deinde prehensus erat. Senatu repetente Reum quasi a se præventum, oppidanis negantibus, Curia rescripsit, *præventionem in criminalibus fieri, per prehensionem*: etsi dissentiente D. Matthæo, *d. disp. 4. th. 34.* nisi ille de levioribus delictis sit accipiendus. Quin etiam ex ratione juris civilis, quo neminem Magistratum de criminibus alibi admissis judicare posse, probavimus, in ejusmodi casibus ambiguis præventioni esse locum, recte probat D. Matthæus *d. disp. 4. th. 31. & seqq.*

DE FORO INCOMPETENTE, QUOD DICITUR.

LIX. VII. *Causæ fori incompetentis.* I. *Privilegium jure civili pro Clarissimis.* *LX. Pro miserabilibus personis, ubi, an virgines sub viduabus, minores sub pupillis, & prodigi sub insanis comprehendantur.* *LXI. De morbosis, debilibus &c. hac parte.* *LXII. Item pauperi-*

peribus. *LXIII. Quid de his, qui culpa sua miserabiles facti sunt.* *LXIV. An & quatenus hoc jus cedi possit.* *LXV. An privilegiati contra se invicem privilegiis suis uti possint.* *LXVI. An miserabiles privilegio suo renunciare possint.* *LXVII. De Privilegio Fori militaris.* *LXVIII. De Privilegio Fori Academici* ex Auth. Habita. C. Ne Fil. pro Patre; *Fridericum id tantum concessisse Studiosis peregrinis; deinceps esse productum.* *LXIX. Fridericum nullos exemisse Professores, quam Juris sive sacrarum Legum, & ratio, quare? Id etiam esse productum ad omnes.* *LXX. De primo Studiosorum privilegio, ne propter diversæ Provinciæ delicta detineantur aut vexentur, & de sensu hujus articuli.* *LXXI. Alterum privilegium; ne coram judice ordinario, sed coram Magistris suis conveniantur; cujus tamen in singulis causis detur illis electio & facultas renunciandi.* *LXXII. Tres hujus sententiæ limitationes.* *LXXIII. LXXIV. Privilegium Acad. Franekeranæ.* *LXXV. An Privilegio Acad. gaudeant Studiosi degeneres.* *LXXVI. Privilegium Clericorum jure Civili & Canonico exponitur.* *LXXVII. Quædam communia privilegiatorum.* *LXXVIII. Incompetentia Fori ob denegatam Justitiam.* *LXXIX. Incompetentia Fori ex aliis causis remissive.*

59\. QVæ hactenus de Foro Competente dicta sunt, ea quid Forum *Incompetens* sit, ut ita loqui liceat, ultro intelligendum præbent. Usum autem habet ea res potissimum ratione domicilii, quamvis & in contractu locum habere queat, etiam respectu Rei sitæ, si res habeat facultatem, ut alibi tractari atque decidi possit. Domicilium esse vel generale totius Reipubl. vel speciale ratione certi municipii, diximus *supra.* Sunt causæ, per quas aliquis diversæ quoque Reipubl. Foro subjicitur, sunt etiam, quibus in suo municipio sistere se non cogitur, aut non potest: nos de illis promiscue agemus, atque in singulis usum illum, ubi res feret, observabimus. In universum Causas, quibus Fori *incompetentia* fiat legitima, ad septem reduximus in *posit. 63. h. t.* quæ sunt hæ: 1. Privilegium. 2. Prorogatio. 3. Connexio rerum. 4. Diversitas jurisdictionum. 5. Reconventio. 6. Denegata Justitia. 7. Arrestum. Privilegium in *positione 46. ad h. t.* duplex esse diximus, personarum, vel rerum: sed quod ad res attinet, superius paulo secus instituimus, ut ad regulam competentiæ pleraque referri possint, nisi quod causæ fiscales civiles, apud Procuratorem Cæsaris, etsi reus alibi domicilium habeat, agendæ sunt, *l. 5. l. ult. & t. t. C. Ubi caus. fiscal.* Privilegia personarum *hcic* intelligenda sunt, non singulorum hominum, quæ proprie alioqui sunt *privilegia*, sed ordinum, quales sunt *Clarissimi* olim dicti, qui in civilibus habebant privilegium, quod in urbe duntaxat apud Præfectum Prætorio, vel Præfectum urbi, vel Magistrum officiorum conveniri possent, *l. 1. 2. 3. C. ubi Senat. vel Clar.* Plus habent exemtionis Illustres, etiam in causis criminalibus, de quibus tantum in consistorio Principis accusari possunt, *d. l. 3. in pr. & §. un. C. Ub. Sen.* Hæc res hodie, mutata passim Reipubl. forma, non habet usum, verum cuilibet Imperio suus hac parte mos & ratio servatur.

60\. Majorem usum habet in Foris hodie, quod pupillis, viduabus, cæterisque personis MISERABILIBUS, datum est privilegium, ut adversarios suos evocare possint ad comitatum principis, ipsæ evocari non possint, *l. un. C. Quand. Imp. inter pup. vid.* Quod de comitatu Principis Constitutio memorat, hodie de supremis Curiis interpretamur. * Sed de personis major est dubitatio, an extensionem recipiant. Pupillos a puberibus, qui sub Curatoribus agunt, differre, notum & *ad tit. de Statu Hom.* dictum est. Notum etiam nec semel dictum, ea quæ a lege speciali pendent, non recipere extensionem: sed tamen hoc privilegium ad minores annis XXV. produci, indubitati fori nostri observantia receptum est, etsi Doctores de eo non conveniant, ut demonstrat Sandius *l. 1. tit. 1. def. 2.* Quod de viduabus habetur *in l. un.* plerique

* Apud nos forum personarum miserabilium, est in supremo Judicio Aulico, Carpz. *Proc. tit. 3. art. 6. num. 4. seq.* Nam in Judicio Imperii Aulico & Camerali *lex Un. C. quand. Imperator inter pupill. vel viduas.* non obtinet, teste Gail. *l. 1. Obs. 1. n. 14.* & ad alia judicia subalterna eadem referri nequit. Unde nec ad Curias Provinciales, nec ad Regimina, a quibus ad Judicium Saxoniæ Aulicum appellari potest, reus a persona miserabili vocabitur; vid. Menck. *ad O. P. S. tit. 1. §. 16.* Berger. *Diss. de nexu jurisjurandi, quo fidelitas & subjectio continentur th. 31.*

de virginibus etiam intelligunt, per *l. 242. de V. S.* ubi: viduam *non solum eam, quæ aliquando nupta fuisset, sed eam quoque mulierem, quæ virum non habuisset, appellari, Labeo ait.* Quam tamen significationem etymologiæ magis quam usui hominum convenire, satis manifestum est: Ideoque displicet Sotomajori *Part. 3. Contr. C. 25. n. 16.* & Covarruviæ *Pract. quæst. c. 6. n. 2.* qui tamen auctor est extensionis pupillorum ad minores, *cod. loco.* Etiam in notis *Msc. ad Stat. lib. 3. tit. 8.* notatum a D. Saekma reperio, sic olim Curiæ visum esse, puellam sui juris apud judicem domicilii conventam, non posse fori declinationem opponere, in causa *Hiilk Grates contra Jacob Binkes 27. Octobr. 1614.* Si rationem, cur viduæ gaudeant hoc privilegio, scilicet quod defensore careant & negligantur, adspicias, haud absurde forsan distingui posset inter virgines florentis ætatis & vetulas; quando priores, haud facile defensoribus carere deprehenduntur, & posteriores neglectui magis quam ipsæ viduæ, sunt expositæ. Præsente tamen praxi vix est, ut hæc distinctio valeat, sed virgines etiam locupletes, quibus non solent deesse Patroni, hoc beneficio gaudent, ut a Curia nostra judicatum refert D. Nauta *decis. Msc. 130.* in causa *Johanna a Sickama, contra Petrum Sibrandi*, quemadmodum nec inter viduas pauperes aut locupletes distinguit lex, neque distinguendum esse, recte putant Interpp. D. Matth. *d. disp. 4. th. 18.* Meliore jure viduabus æquari possunt mulieres nuptæ, quarum viri sunt captivi, vel exsules, aut ultra decennium absentes, ut notat ex Cancerio *Part. 2. Resol. C. 2. n. 8. & seqq.* D. Saekma *not. ad d. tit. 8.* Ibidemque, viduabus & puellis inhoneste viventibus id privilegium esse negandum, recte censet, quod & de cæteris privilegiatis intelligendum, docet Gail. *2. obs. 118. n. 8.* D. Matth. *d. disp. 4. th. 44.* Unde quæri potest, an quod de minoribus antea dictum est, ad eos pupillare privilegium extendi, etiam de prodigis, qui sub Curatoribus agunt, æque adfirmandum sit. Enimvero a pupillis procedere ad minores, extensio minime inverecunda est; sed ut ad majores prodigos, quibus ob nequitiam suam bonis interdictum est, idem favor producatur, nec verba legis, nec ratio ferunt: etsi contra scribat & judicatum referat D. Saekma *ad d. tit. 8. lib. 3. Statut.* in causa *Philippi de Tungeren* contra *Petrum Stellingwerf, 30. Januar. 1616.* rationem addens, *cum ille*, ait, *quantum ad privilegium fori attinet, pro miserabili persona habendus sit.* Scire velim, quæ lex aut ratio sic jubeat. Nam si ad minores ægre, nec, ut audivimus, sine contradictione, facta sit extensio, quod ibi sit eadem ratio, cum plerumque de pupillis dicta ad minores proferantur, ut vidimus *ad Inst. Quib. alien. lic. vel non. n. 4. in fin.* hæc similitudo in prodigis manifesto cessat; cum, quia nomen *pupillorum*, quod est in *l. un.* nihil habet commune cum prodigo, tum quod in minore locum habeat ætatis miseratio; quæ in prodigo non potest esse, nisi respectu nequitiæ: Nam si ex prodigentia in miserabilem paupertatis vel debilitatis statum redactus sit, tum ex alio capite hoc beneficium adfectare potest, ut mox videbimus. Hoc satis constat, pro minoribus aut pupillis, non habendos esse liberos sub Patrum cura, ratione bonorum adventitiorum, agentes; ne quidem emancipatos, quia miserabiles non sunt, quibus Pater superest defensor & Patronus, ut in Curia nostra sæpe judicatum refert D. Nauta *decis. 123.* Quod si pater quidem superstes, verum is Tutelæ aut Curæ non sit admotus, & pupillus in alterius sit Cura, magis est, ut a communi pupillaris ætatis beneficio non foret excludendus.

61. Post pupillos & viduas, datur privilegium personis *diuturno morbo fatigatis;* quæ verba non omnes morbo adfectos, sed durabili, ac ut leges aliquando loquuntur, *perpetuo morbo laborantes* significant, quales sunt tabes, nodosa podagra, calculus renum aut vesicæ, similesque chronici morbi, quos vocant Medici. An lues etiam venerea huc pertineat, memini quæsitum: Et siquidem contagione innocenti collecta sit, non est dubium; si flagitiosa intemperie contracta, merito dubites; Et tamen si quis eo malo adflictus, lecto aut curationis necessitate subactus sit, non potest non inter miserabiles haberi personas. Sed quos hoc malum non prohibet in medio versari, officiisque tralatitiis fungi, eos sub morbo fatigatis minime comprehendemus. Subjicit Lex *debiles*, sub quibus paralyticos, epilepticos, herniosos, claudos, sed graviter singulos in suo genere, ut ad promiscua vitæ officia suppeditare nequeant, item cœcos, mutos, surdos & similes, quos iniquum sit σκύλλεσθαι ταῖς ὁδοῖς, ut Græci, intelligemus.

62. Postremo clausula generalis adjicitur, *aliique fortunæ injuria miserabiles;* quales sine omni dubio sunt egeni, & pauperes. Illi, qui nihil habent, quos ab aliis sustentari oportet, hi,

qui

qui parum habent, victumque duriter exercere coguntur. Ita enim differunt pauper & egenus, ut probavimus *ad tit. de Procurat. num.7.* Sic Ovidius Hecalem vocat pauperem, Irum vero egenum.

Nempe quod alter egens, altera pauper erat.

Pauper & modicus conveniunt,ut in *l. 15. §. 15. de Excusat. Tut.* Atqui hoc privilegium habet rationem, quod miserabiles itineribus sumptibusque non sint fatigandi, nec opibus potentiorum opprimendi; ad quod beneficium sufficit paupertas, etiamsi egestas absit, promerendum. Plerumque tamen qui hoc beneficium adfectant, *jus miserabilium*, quo a sportulis liberentur, petunt, quod vulgo *Jus pro Deo*, non nimis reverenter, appellant.

63. Sed verba Constantini in *d. l. un. fortunæ injuria* miserabiles, indicare videntur, eos qui culpa flagitiove suo miseri sunt facti, hujus L. beneficio non esse impertiendos; quales, quos *supra* morbi Gallici reos demonstravimus, quive nepotinis sumptibus se cum uxoribus liberisque ad egestatem perduxerunt. Est tamen communiter receptum, nec his privilegium miserabile denegandum, modo in eadem culpæ exercitione adhuc non deprehendantur: quemadmodum de vidua inhoneste vivente, deque virgine, ab his, qui viduale privilegium ad eas extendunt, contra suum corruptorem agente, communiter adfirmatur. Sed paupertate aliave miseria premente, non distingvitur, quod ad hujus legis usum attinet, quibus causis conciliata sit: ut Curiæ quoque nostræ visum scio, in causa cujusdam mercatoris Harlingani, qui bonis exhaustus, contra veteres socios apud Curiam ex hoc privilegio acturus, exceptionem patiebatur, quod sua culpa rebus prosperis evolutus esset; a Curia tamen, non habita ratione hujus exceptionis, ad usum privilegii admissus est.

64. Sed an personæ miserabiles suum jus cedere possunt aliis? non est intelligenda quæstio de hoc privilegio solo, verum ut accessione juris alterius. Nam ut pupillus, vidua, pauper, aliis non miseris faciant privilegii sui copiam, non habet speciem usus. Sed pone; mulieri debentur centum ex mutuo, hos cedit alii cum mandato in rem suam. Quæritur, an cessionarius debitorem prima inst. ntia ad Supremum judicem vocare possit. Distingvendum videtur, actione directa, an utili experiatur: Si illa, cum agat ex mandato nomine cedentis, nihil hærendum est, quin eodem jure possit uti, quo ipse per se mandator agens uteretur; Sed utili actione, cum hæc fiat ex titulo proprietatis, emptionis, donationis, aut simili, sine mentione mandati, consentaneum est, huic beneficio non esse locum, *arg. l. 68. & l. 169. de R. J.* Quid, si miserabilis habeat cessionem a non miserabili, an ille beneficium ex sua persona habebit? Ita videtur, idque sic judicatum esse a Curia Suprema, testatur D. Saekma *not. ad d. tit. 8. Statut. lib. 3.* in causa *Geert Hans Pybesweduwe, contra Cornelis Roelofs 4. Jul. 1600.* Nec est dubium, si utili actione suo nomine sit usus; secus, ut videtur, si directa, vi mandati, nomine cedentis expertus fuisset.

65. Cessat hoc Privilegium, quando vidua, pupillus, aliave miserabilis persona, cum alia simile privilegium habente concurrit, per commune dictum; *Privilegiatus contra æque privilegiatum jure suo non utitur, arg. l. 11. §. ult. ff. de Minor. l. 8. in pr. de Excus. Tut.* in quibus ita demum privilegiatus, adversus alium privilegio munitum, jus suum exercet, si validiori privilegio sit instructus. Ideoque paria mutuo concursu exinaniuntur, ut auctoritate multa probat Sandius *l. 1. tit. 1. def. 2.* idque in Curia nostra, licet olim secus judicatum esse, referat D. Bouricius *de Off. Advoc. cap. 14.* recentior praxis observat. Quid autem si diversi miserabiles inter se concurrant, estne aliquod inter illos discrimen? Vidua viduam, pupillus pupillum non potest vincere, sed an vidua pupillum minoremve non potest? Tentari posset, eos, qui nominatim in lege comprehensi sunt, non habere differentiam inter se; verum eos vincere tales, quos per consequentiam admittimus; ut pupillus minorem, vidua virginem trahat, non viceversa. Sed magis est, ut, quando receptum est, sub pupillis minores, sub viduabus virgines intelligi, id eadem juris prærogativa fieri intelligatur. Viduam sane, quæ par jus cum pupillo habet, non posse vocare minorem e loco suo, Supremæ Curiæ placuisse, testatur D. Saekma *loc. cit.* in causa *Tryn Beerns contra A. Cornelis cum soc. 4. Jul. 1614.* Sed militem, etsi privilegio fori munitum, a vidua tamen ad Curiam vocari posse, placet & judicatum est, eodem Senatore teste, in causa *Eedts Sjoerts contra Matthiam a Muden, 15. Mart. 1610.* Quod ad Studiosos, qui simile militari privilegium habent, produci posse, non facile dixerim: cum, quia plerumque minores illi sunt annis XXV. tum quia proxime accedunt ad favorem miserabili-

 bili-

bilium, *arg. Auth. Habita. C. Ne. fil. pro Patr. verb. Quis enim non misereatur!* Peregrinatio quoque studiosorum, in qua causa plerique versantur, ordinaria fora nullo modo permittit; atque ita apud nos servatur; ne studiosi ullo prætextu inviti evocentur.

66. Quæritur, an miserabiles huic suo Privilegio renunciare possint. Negant Dd. citati a Matthæo *d. disp. 4. th. 39.* etiam Gail. *1. obs. 1. n. 4.* Sed D. Matthæus Vultejum sequitur negantem, illis justam negandi causam fuisse. Certe, si renunciandi cum effectu capaces sint, ut non esse pupillos atque minores constat, nihil obstare videtur, quo minus huic beneficio, in quo merus favor eorum vertitur, renunciare queant, idque non tantum expresso consensu, verum etiam tacite, litem contestando cum adversariis, aut apud inferiorem judicem ipsi agentes, aut apud Supremum, quando vocantur. Cumque tacita illa submissio vim renunciationis indubitatam habeat, eadem argumentum præbet, ab iisdem posse fieri expressam renunciationem, quæ disputatur ab his, qui tacitam illam negare non possunt. Cum autem *minores* Privilegiatos negamus esse renunciandi capaces, id eo pertinet, quod in integrum restitutione semper eam eludere possunt: Nam quo minus in favorem suum renunciare queant, nulla ratio dubitandi esse potest. Verum sæpe fit, ut personæ miserationis privilegio donatæ, prorogent Jurisdictionem, hoc est, submittant se judici ordinario, aut Supremæ Curiæ prima instantia; an hoc pro renunciatione sufficiat? Haud dixerim simpliciter, cum, quia submissiones illæ more Notariorum, ne consultis quidem partibus adjiciuntur, tum quia renunciatio debet esse expressa, ut constet, renunciantem bene scivisse, quid hoc esset, cui renunciavit, maxime si juris imperiti sint, cum quibus res agitur, ut fere sunt qui miserabilium numero habentur. Quod si requisita renunciationis valide faciendæ adhibeantur, nihil est causæ, cur miserabiles etiam prorogando jurisdictionem a privilegio suo discedere non possint. Gail. *d. obs. 1. n. 4.*

67. Tertius ordo Privilegiatorum ratione Fori, est Militum, qui arma belli tractant. Hi tam in criminalibus, quam civilibus, subjecti sunt *magisteriæ potestati*, id est, apud magistrum duntaxat militum conveniri possunt, *l. 6. C. de Jurisd. omn. jud.* Et quidem de civili jurisdictione satis conveniunt Dd. sed in criminibus obtinet distinctio, inter militaria, ut est desertio, armorum abjectio, (ῥιψασπίδες olim dicebantur,) fuga, seditio, *l. 2. l. 3. & l. 13. §. 5. & seqq. de re milit.* & communia delicta, quæ sunt homicidium, adulterium, furtum, falsum, & id genus alia. In militaribus delictis, omnes consentiunt, milites apud magistros suos, nec alibi esse conveniendos, *l. 9. de custod. reor. l. 3. de Re milit.* Sed in communi delicto multi putant, milites etiam recte coram illis judicibus, apud quos tale maleficium contractum est, conveniri & judicari, ac ita præventioni esse locum. Hanc distinctionem sequuntur Donellus *17. comm. c. 20.* Sandius *l. 1. tit. 1. def. 4.* D. Matth. *d. Disp. 4. th. 40.* eamque in usu nostro habemus adsiduo. Negligunt eam, aut rejiciunt, Cujacius *in parat. C. de off. Mag. mil.* Vultej. *ad l. 6. C. de Jurisd. n. 14.* Wissenbach. ad *h. t. th. 20.* Textus Juris oportet nos determinent. Pro distinctione citantur *l. 2. ff. de Re milit. in pr.* ubi nihil quidem est, quam distinctio in delicta propria militum & communia, diversaque ea persecutione constare. At in *l. sequ.* habetur, militem desertorem a Præside ad ducem suum esse mittendum, nisi quid gravius in ejusdem Præsidis provincia commiserit; tunc enim ibi plectendum, ubi facinus admiserit: Ideoque tum non est remittendus, quod argumenti satis est, eum militem a Præside posse puniri. In *l. 1. C. ad L. Corn. de Sicar.* de homicidio non occidendi animo admisso, Præses secundum disciplinam militarem fert sententiam. In *Nov. 8. c. 12.* Justinianus vetat, nullum fori privilegium prodesse cuiquam, in criminibus violentiæ, & quæ hinc oriuntur, item seditionis, & tributorum exactionibus, ipsis militibus, Provinciarum judicibus subjectis, in *§. 1.* Hæc dubitare non patiuntur, quin verissimum sit, milites ex sententia Juris Romani, in communibus delictis commune Forum, si ab ordinariis judicibus deprehendantur, etiam sortiri.

AD AUTH. HABITA. C. NE FILIUS PRO PATRE.

68. Militibus recte succenturiantur Studiosi, quibus Fori privilegium dedit Fridericus Imp., in *Authent.* Habita. *C. Ne Fil. pro patre.* his verbis, *in pr. Omnibus qui studiorum causa peregrinantur scholaribus, & maxime divinarum atque humanarum legum Professoribus, hoc nostræ pietatis beneficium indulgemus.* Hac occasione quæsitum fuit, an verum sit ex eo, *Studiosos eligere posse Forum, aut privilegiatum, aut ordinarium.* Placet summam nostræ referre sententiæ, & objectiones obiter occupare. Personæ, quibus

bus in d. Auth. datur privilegium, sunt Professores & *Scholares peregrinantes, quos infra vocat amore scientiæ exsules factos.* Novas leges stricte accipiendas esse, nota doctrina est: Nec dubium, quin ex his verbis, municipes locorum, in quibus studia exercebantur, minime subducti fuerint jurisdictioni, sub qua nati erant. Filios civium in Patria sua studentes, qui adversus exilii incommoda non indigebant hoc privilegio, noluit eximere Fridericus: hæc enim sanctio diversi generis fuisset, cum aliud sit, dare privilegium nulli foro subjectis, aliud, privare Magistratus jurisdictione sibi quæsita. Sed posteris temporibus, Regimine Academiarum in modum universitatis, quæ omnes studiosos reciperet, stabilito, idem Fori privilegium ad incolas studiosos urbium, in quibus sunt Academiæ, productum est, eoque spectant Brunnemannus *& alii*, ad hanc *Auth.* cum de studiosis in album relatis loquuntur. Verba rationesque Friderici evidentissima sunt de solis peregrinis.

69. Æque est indubitata mens Friderico, Professores non quosvis, sed Juris, *Divinarum atque sacrarum Legum Professores*, inquit, hoc privilegio donandi; *quia* nihil est causæ, cur a verbis indubitatis, quæ nullos designant alios, sit recedendum. Interpretes nonnulli, quibus solenne est, legum sensus ad mores temporum trahere, nolunt alios Professores excludi, quod, ut nunc se res habet, bene, Friderici verbis atque temporibus non convenit. Ajunt illi, hoc verbum, *maxime* Legum *Professores*, esse ampliativum. Esset ita, si diceret Fridericus, *Professoribus*, maxime *sacrarum Legum*; Sed ait, *Scholaribus & maxime Legum Professoribus*, Scholaribus, sed *maxime* Legum Professoribus, ait, se velle consultum. Quod si vox *maxime*, respectum inter se Professorum contineret, ætatis illius superstitio minime passa fuisset Legum Professores Theologis præferri; inprimis, cum hæc Constitutio in fronte præferat *Episcoporum & Abbatum* ante *Duces & Judices* nomina, qui sane Theologorum honori non defuissent. Quid autem, dicat aliquis, movit Imperatorem, ut solis Legum Professoribus consulendum putaret? Ratio est, quia Professoribus Theologiæ sat cautum fuit legibus antiquis & exemptionibus Pontificum auctoritate stabilitis; Sed Juris civilis studium Pontifices supprimere conabantur, ut probavimus *ad tit. de orig. Jur. p. 527.* cujus idcirco Patrocinium ab Imperatoribus expectabatur. Philosophiæ professio tunc etiam, & diu ante ac postea, penes Clericos fuit, quibus immunitate Cæsarea nec opus fuit, nec si donati fuissent, ea per pontifices ipsis uti licuisset; Atque hoc sensu a me alias scriptum est, Philosophiæ Facultatem seorsim in studiorum universitatibus tum nondum fuisse receptam, uti & Medicam; non quod Medicina & Philosophia in illis temporibus, imo diu antea, non fuerit in variis locis docta; sed quia nondum ea forma Scholarum & Academiarum per Italiam & Germaniam invaluerat, ut omnes Studiorum Facultates in universitatem redactæ essent. De seculo XII. quod est Friderici nostri, testatur optimus harum rerum indagator Conringius, *universam Europam duntaxat unicam habuisse Scholam publicam, Parisiensem, in qua rudior quadam Philosophia & Theologia, ut tum erant tempora, non male docebantur: non multo post doceri publice Bononiæ in Italia cœpit Jus civile Justinianæum. Differt. Acad. 5.* Quæ verba neutiquam probant, Medicinam & Philosophiam tempore Friderici medio seculo XII. fuisse Facultates ordinatas in universitatibus Italiæ & Germaniæ, (nam Parisii nihil ad Fridericum,) cum diserte contrarium præ se ferant. Frustra quoque Antonius Musa, temporaque Augustæa, & Autonini scholæ mediæ, proferuntur in Disputatione de sensu Authent. Friderici, mille fere post annos latæ.

70. Verum quid privilegii datur Studiosis & maxime legum Professoribus? Ait Fridericus; *Ut ad loca, in quibus literarum exercentur studia, tam ipsi quam eorum nuntii, veniant, & in iis secure habitent.* Deinde, *ne quis aliquam Scholaribus injuriam inferre præsumat.* Nihil hæc ad privilegium hactenus. Tralatitia & communia cunctis mortalibus. Sequuntur duo articuli, in quibus oportet privilegium consistat. Primum hoc est; *Nec ob alterius cujuscunque provinciæ delictum, sive debitum aliquod damnum eis inferat.* Communiter intelligi solet delictum, sive debitum provinciæ, ex qua orti sunt Studiosi; *Cujusque provinciæ delictum*, ait Cæsar: Certe provincias delinquere, perquam novum est, aut si fieri possit, contra Principem delinqunt, non contra alias provincias ejusdem imperii, aut contra privatos. Sed inprimis non video, si maxime delictum seponas, quod tamen non potest, & debitum provinciæ ponas, hac in re quicquam esse privilegii, sive juris singularis. Nam hoc est tralatitium jus omnibusque commune, ne ob aliena debita vexentur; Zeno Imp.

Grave

Grave est non solum Legibus, verum etiam naturali æquitati contrarium, pro alienis debitis alios molestari. Idcirco hujusmodi iniquitates circa omnes vicanos perpetrari, modis omnibus prohibemus, l. un. C. Ut. null. ex vican. pro alien. deb. Idemque Justinianus pœna quadrupli adjecta, denuo sancivit in *Nov. 52. c. 1.* Quin etsi Fiscalium debitorum summus sit favor, tamen Impp. Honorius & Theodosius, ne quidem pro debitis id ullo modo fieri patiuntur & severe prohibent, in *l. 4. C. de executor. & exactor. lib. 12.* Quæ Constitutiones cum tempore Friderici in omnium oculis essent, non poterat esse privilegium Academicæ libertatis, quod omnibus in universum municipibus & vicanis jure notissimo competebat. Quare privilegii usum hæc res nullum habere potest, nisi Studiosis hoc datum intelligamus, ut ne pro suis delictis, aut debitis, in alia provincia contractis, dum peregre in Academiis agunt, male mulctentur, aut detineantur; Sed reditus eorum in Patriam expectetur, vel legitimo tramite conveniantur. Qua in re nihil incivile, nihil a decore libertatis debitæ studiosis peregrinantibus, contineri videtur. Ut autem *privilegium* hac parte eis competere dicatur, res hæc necessaria dictu est: Alioqui libertas Studiosorum, tantopere celebrata ex hac Auth. nihil aliud habebit, quam quod ordinariis Judicibus non subjiciuntur, quæ est ultimus ejus constitutionis articulus. Imo si quid memorabile datum est illis, hoc *quod dixi* fuisse oportet. Non negem, & ultro patet, Studiosos ob aliena quoque debita non posse vexari, eoque respectu hanc Constitutionem ad argumentum *hujus Rubricæ:* Ne filius pro Patre &c. pertinere; sed ut *privilegium* sit, amplius quid intelligi oportere, manifesta res est. Sed ajunt, non esse latine dictum, *debita vel delicta hujus aut illius provinciæ, quæ quis in quaque provincia commiserit.* Atqui cum de Tutela, cujus administratio secundum provincias divisa est, loquimur, nihil tritius est, quam ut debita pupilli secundum provincias dividantur, cum v. gr. quæritur, an debita unius provinciæ in alia peti possint, qua de re agitur in *l. 47. §. ult. de Admin. Tut. & l. 2. C. Si ex plur. Tut.* Si pupilli debita sunt vel Italica vel provincialia, quid est incivile in hoc dicto, Studiosi peregrinantis debita esse diversarum provinciarum? vel in hac, inquam, sententia; quod Studiosus ob debitum in alia provincia e contractu vel delicto quæsitum, alibi non sit detinendus, damnoque vel injuria per ejusmodi vexationem afficiendus? Nam de minoribus delictis id accipiendum esse, jam pridem monuimus. Verum enim vero sit hac de re suum cuique judicium.

71. Proprie ad hunc locum pertinet Privilegium Fori, quo *Studiosi* in Auth. dicuntur *conveniendi coram Domino vel Magistro suo, vel ipsius civitatis Episcopo, quibus hanc jurisdictionem se dedisse,* narrat Imperator. Nondum invaluerat, ut docentium discentiumque cœtus, universitatem pariter sub Rectore Collegioque Professorum constituerent. Ideoque dubium mihi non est, nec fuit, quin Judices studiosorum heic duo, Magister vel Episcopus, constituti sint, quibus opponitur in textu, *alius Judex*, ordinarius: Adeoque Dominum eundem esse cum Magistro, facile concedo, & antea scripsi. Sed Fridericus ante memoratam Fori prærogativam hæc verba collocat, *hujus rei optione data Scholaribus.* Hanc optionem, sive electionem, non modo *ad Magistrum aut Episcopum*, quæ pars alternativæ recessit ab usu temporum, sed etiam ad ipsius Privilegii substantiam,* in verbis, *ejus rei optione*, refero; quatenus nullum est privilegium, cujus privilegiati non habeant electionem, uti velint, an secus. Jure communi Judicibus loci debebant esse subjecti Scholares, jure privilegii ad illos vocari non possunt, inviti scilicet; volentibus ut injuria non fit, ita invitis beneficium non obtruditur. Regula juris communis heic maxime locum habet, *omnes licentiam habere, his, quæ pro se in-*

* Verissimum est, in *Authentica* Friderici relictam esse optionem studiosis, num coram domino vel magistro suo sive Rectore, an coram ipsius civitatis Episcopo conveniri velint. Qui enim *dominum*, loci magistratum interpretantur, quid sibi velint, ipsi non intelligunt. Nec, ut lex clare disponit, ad alium judicem trahi posse, facillime largior. Num volentes ad alium judicem ire possint, alia quæstio est, quam ex *Fridericiana constitutione* dirimi non posse, non eo inficias. Optionem inter suos judices & alium, id est, loci magistratum, esse relinquendam, Noster multis disputat, & consentit Alex. Arnold. Pagenstecher in *Friderico I. §. 3.* In Franequerana Academia idem nihil habere dubii, credimus merito Auctori. Cæterum argumentum a Clericis ductum non est nullum, & arctior videtur inter studiosum & Academicum forum esse nexus, quam ut ab eo commode divelli possit. add. Menck. *ad O. P. S. tit. 6. §. 1.*

dulta

dulta sunt, renunciare, verba sunt Justiniani *l. 51. C. de Episc. & Cler.* ubi renunciationem privilegii a Clericis factam, sancit esse irrevocabilem, *eamque regulam generalem in omnibus* ejus generis *casibus* esse debere, statuit. Pontifices deinde Clericis hanc ademisse facultatem, satis constat, verum ita, ut exceptio firmet regulam in omnibus reliquis casibus, & optionem privilegii relinquat liberam, ubi lege speciali adempta non est: cujusmodi prohibitionis nulla species in hac Auth. se prodit: Nam hæc verba, *Qui vero ad alium judicem eos vocare tentaverit, a tali conamine cadat*, ex quo ejusmodi aliquid, nescio qua dialectica educitur, *etsi causa justissima fuerit*. quid aliud sunt, quam sanctio privilegii, quæ nihil quam quod ipsum habet privilegium, inferre possunt? cui proinde, si renunciatio facta sit, locus esse potest nullus. Magis miror, auctoritatem juris Canonici prolixe ad hujus quæstionis applicationem urgeri. Nam si maxime de Studiosis juxta Clericos Pontifices statuissent, eos non posse non uti privilegio Fori, tamen Juris Civilis auctoritas, in conflictu utriusque Juris, apud Protestantes in negotio Clericorum prævaleret: nunc cum de Studioso nihil pontifices sanxerint, quid est alienius, quam auctoritatem exceptionis, Lege speciali Clericis injunctæ ad Studiosos, de quibus nulla Lex est, producere? Si Lege speciali opus est, ad impediendum, ne quis privilegio suo utatur, Studiosi, quos nulla Lex cogit ad utendum beneficio sibi indulto, manent sub regula communi. Sunt tamen, qui constitutionem de fundo Dotali non alienando, Studiosis applicent, tametsi id ipsum ad nostram thesin approbandam maxime comparatum sit: Videlicet Lege speciali, qualis est de fundo dotali, opus esse ad prohibendum, ne quis jure pro se introducto uti possit. Quod ut ob publicæ utilitatis aut honestatis rationes aliquando fieri, exemplis in Legibus proditis constat, *pr. Inst. Quib. al. lic. l. 2. D. de pact. dot. l. 14. §. 1. sed ultimo &c.* ita, ubi nulla Lex est prohibitoria, valet regula Justiniani non magis, quam juris naturæ & Gentium, *cuilibet favori suo renunciare licere.* Privilegium autem Fori, datum Studiosis in *hac Auth.* in eorum favorem esse indultum, tota Friderici Constitutio loquitur, & hæc verba nominatim, *quadam speciali dilectione* peregrinantium scholarium. Excipitur, *hoc privilegium ad universitatem Studiosorum, non ad singulos pertinere;* & quidem ab iisdem, qui narrant ex Conringio, tempore Friderici Conditoris hujus Legis, adhuc Academias in Universitates uniti regiminis non fuisse redactas: Quomodo igitur favor Legis ad universitatem, non ad singulos? Præterea demonstratum est alias, milites habere privilegium Fori non minus universos, quam Studiosos; Cives etiam singularum urbium gaudere privilegio de non evocando, quod non minus omnibus & singulis, quam Studiosis suum beneficium, competit. Utriusque tamen ordinis homines, in singulis causis suo arbitratu renunciare posse Fori privilegio, nulla dubitatio est, & *omni die* sic instituitur. Disparitates, quæ in his exemplis proferuntur, tam frivolæ sunt, ut refelli non mereantur. Duntaxat, si quid universitati præjudicetur, tum singulos renunciare non posse, quia de ipsorum favore tum non agitur, facile concedimus, idque Gailius probat *l. 1. obs. cap. 40.* Si periculum esset, quod obtenditur, ne promiscuis renunciationibus jurisdictio Academiæ vilesceret, cujus periculi tamen nulla species in medio est, Lege prohibitoria huic malo succurri posset; qua cessante, nihil est liquidius, quam Studiosis non esse negandam libertatem, omnibus privilegiatis communem. Idque in nostra Academia nihil habet dubii. Studiosus non potest evocari ad Supremam Curiam; quæ est Judex ordinarius in Frisia. Si tamen vocatus sequatur, & ibi respondere malit, quam apud Judices Academicos, certus sum, neminem esse negaturum, quin id jure liquido facere possit. Si res Studiosi detineantur a cive, qui ab ipso petit, isque judices Academicos gravetur, an Studioso non licebit, ut experiatur, in ea causa se judici subjicere urbano? Sæpe factum, nec unquam de jure facti dubitatum. Idem de Professoribus, qui ad Magistratus vocati non coguntur sequi; posse tamen sequi volentes, nulla lex aut ratio vetat.

72. Recipit tamen hæc sententia quasdam admonitiones, aut limitationes necessarias, ex jure communi, quarum prima est; quod Studiosi minores annis XXV. quales plerique sunt, ita renunciare non possunt, quin restitui queant in integrum, si læsi sint, quod tamen renunciationem suo commodo faciendam nullo modo illis auferre, palam est. II. Studiosos, qui sunt, aut esse volunt membra universitatis, non possunt in universum renunciare Foro Universitatis, eique se subducere, & alium judicem ordinarium eligere, quo pertinet testimonium H. Conringii *e dissertat. Acad.* V, contra nos in hac quæstione produ-

ctum. III. Quod in delictis ejusmodi electio Judicis ordinarii, & renunciatio Fori Academici, cui Studiosus est subjectus, non habeat locum, *arg. l. 37. ff. de Minor.* & renunciatio atque electio non nisi de rebus, quæ sunt in potestate renunciantium, habet locum, qualis utique non est pœna delicti. Denique & ipse Fridericus privilegium fori tantum dat, *Si quis Studiosis litem super aliquo negotio movere voluerit*. Hoc etiam vult modo laudatus Conringius, in verbis ex *ead. Differt.* contra nos productis: *Quia optio illa Judicis non potuit non sæpe turbas dare, & nocentem reum judicio subtrahere: Quo nihil est perniciosius in communi vita, præsertim si magnus sit nocentium numerus.* Denique nec alia fuit sententia Theseos, de qua lis mota fuit, *Studiosos habere electionem, utrum apud Rectorem suum an Magistratum loci velint conveniri*: supponit materiam conventionis, in qua partium voluntas & consensus valet; ad delicta ejusmodi Thesis nullo modo, negante præsertim auctore, potuit rapi.

73. Liceat heic, antequam pergamus, paululum deflectere ad Academiam, quæ nostra studia per annos triginta & quod excedit, otio gratissimo fovit, *Franekeranam*, quæ ad exemplum Friderici, ab Illustribus Frisiæ Ordinibus fundata est, jurisdictione ei seorsim a civitate constituta, purius & liberius, quam ulli vicinarum contigit. Namque alibi fere Jurisdictioni Rectoris & Professorum, quos Fridericus in Auth. Dominos & Magistros vocat, vel caussarum, vel genere judicum limitata est: Apud nos ita fert lex XLVII. Academica: *Omnes studiosi, Bedelli, reliquique qui ad Academiam pertinebunt, IN OMNIBUS CAUSIS, sive ipsi inter se agant, sive ab aliquo alio conveniantur, coram Rectore ejusque Adsessoribus conveniuntur tantum, seque sistunt jussi citative.* Et mox. *Quod si partes in jus venerint, a sententia pronunciata a Rectore Adsessoribusque Judicibus, appellatio nulli concedatur.* Ex primis verbis orta fuit Quæstio, an ipse Rector & Professores eodem fori privilegio gaudeant, quoniam in hac lege, non nisi ut Judices memorantur; sed in lege præcedenti, Rector omnesque Professores, & qui aliquo in Academia munere funguntur, ab oneribus civium liberi pronunciantur, at in hac lege, ipsi in oratione subjecta, ut in prædicta, non memorantur. Idem accidit in *Auth.* ubi primo Cæsar *omnibus, qui studiorum causa peregrinantur, Scholaribus & maxime divinarum atque sacrarum legum Professoribus, hoc nostræ pietatis beneficium indulgemus*; scil. *ut ab injuriis sint tuti*. Infra, ubi de jurisdictione Domini sive magistri agitur, *Scholarium* fit mentio tantum, de ipso domino, cum sit ipse judex, proprie nihil statuitur. Olim ita servatum est, ut nostri Professores etiam apud Senatum Academicum duntaxat convenirentur, quasi repetitione ἀπὸ κοινοῦ ex lege præced. facienda. Sed deinceps, nostra memoria, Curia suprema contractis judiciis aliquoties censuit, Professores lege XLVII. non expressos, in præcedenti lege quidem eximi Jurisdictione civitatis, a qua distinctum corpus efficiunt, & hactenus esse privilegiatos; sed non habere Forum aliud domicilii quam respectu totius provinciæ, adeoque prima instantia posse vocari ad Curiam Supremam, quod ita nunc certi juris habetur. Ait Lex, in OMNIBUS CAUSIS. Disertius quam in *Auth.* super *aliquo negotio*, & mox, *etiamsi causa justissima fuerit*. Discrepant Interpp., de civilibus duntaxat negotiis, an & de criminalibus quoque id intelligendum sit. Pro hac fuerunt Accursius, Bartolus, Donellus, aliique laudati a D. Matthæo *d. disp. 4. th. 42.* Sed verior est Baldi, Sichardi, Hottomanni, aliorumque sententia; civiles tantum causas intelligi; quia notum est, criminalem jurisdictionem non competere, nisi specialiter nominatimque concessam. Eadem ratione, scil. quod generali concessione jurisdictionis merum Imperium non comprehenditur, verba legis Academicæ, *In omnibus causis*, ad civilia mixtumque Imperium, quod in modica coercitione consistit, adhibenda videntur, quemadmodum ex iis, quæ *de jurisdictione & imperio* pridem dicta sunt, intelligi potest. Ideoque studiosi graviorum criminum Rei, ad Curiam, cui soli in hac Provincia *privative*, ajunt leges, exclusa omni alia potestate, competit merum Imperium, (militare Judicium non est provinciale) transmittuntur: ut tamen duo tantum, quod putem, exempla Studiosorum supplicio adfectorum, memoriæ utrumque nostræ, extent unius ob cædem duelli, alterius ob furtum. Qua in re non est prætereunda benignitas Dominorum summi sanctissimique Judicii; quod ultimum flagitii compertum, clausis custodiæ valvis secreto virgis, (non ætatis, quæ plena fuit, sed ordinis habita ratione,) admoneri voluerunt: Quanquam deinde Juris Doctorem, eundemque Advocatum, & duos Ecclesiarum Pastores, ob ejusdem generis maleficia publice virgis

gis cæsos fuisse, constat. Nam in studiosis vitæ cursum ingredientibus, est spes emendationis, prima suppliciorum intentio, quæ nec deerat in illo; at hæc publico infami supplicio, spe promotionis funditus eversa, corrumpitur. Sed cum provectæ homines ætatis, jam publicis & sacris adhibiti functionibus, ejusmodi probris innotescunt, nulla superest emendationis spes, neque non ut putrida membra suis a corporibus abscindi merentur: Quatenus experientia constat, sæpe lubricæ adolescentiæ studiosos in theatrum vitæ productos, agere personas non pœnitendas; sed qui studiis etiam secunda existimatione peractis, (exempla, sunt in conspectu) deinceps exorbitare cœperunt, hi omnino vix unquam; & qui perseverarunt, quam rarissime ad bonam frugem perveniunt.

74. Cæterum, quod de *Omnibus Causis* ait Lex Academica, sæpe dubitatum est, an ad talia pertineret, quæ rarius in Academiis occurrunt, ut sunt Arresta, denunciationes rerum soli locatarum, prælationes Creditorum hypothecariorum, quæque ad eam rem pertinent: sed a Curia Suprema semper adserta est Academia in pleno sensu horum verborum, quod ad studiosos ministrosque in *d. l. 46.* nominatos attinet; etiam de Professoribus idem valuit, ut concursus creditorum juxta prælationes hypothecarias, a Rectore & Senatu; magistratibus oppidanis frustra se opponentibus; sit judicatus & administratus, nominatim defunctis Viris Cll. *Laurentio Bank* & *Ludovico Parent.* Sed in disputatione πρωτοπραξίας Creditorum *D. Johannis Terentii*, quibusdam creditoribus rem ad Senatum Acad. aliis ad Curiam Supremam deferentibus, judicatum est, ut vivi Professores immediate Curiæ subjecti sint, idem in bonis eorum possidendis atque inter Creditores, si res ferat, distribuendis obtinere. Movit & hoc, quod *a sententiis* Rectoris & Senatus *non datur appellatio*, quæ res in gratiam studiosæ juventutis, ne hæc longis litibus, suo discendique gravi incommodo distrahatur, introducta, magnam haberet ἀναθεώρησιν, si ad Professores eorumque domos pertineret, Curia Academica sic independente, adeoque suprema in sua Republica aliquo modo facta.

75. Postremo loco, Doctores unanimi consensu, eosque secutus D. A. Matthæus *d. disp. 4. th. 44.* ita statuunt; privilegium studiosorum pertinere duntaxat ad eos, qui partibus suis funguntur, & vere student, non ad desides, aut Baccho Venerique mancipatos: quam sententiam ego potius laudo, quam probo, magisque juridice puto rescripsisse non ita pridem Nobiliss. Ordd. Frisiæ Deputatos, *inter Rectorem Senatumque & Magistratus urbanos*, pro studiosis habendos foroque Academico subesse, quotquot a Parentibus Curatoribusve suis ad studia in hanc civitatem missi sunt; cui rescripto fuit additum; etsi Albo Studentium adhuc inscripti non fuerint: Cui tamen rei modus impositus est Lege XXX. *& seqq.* ut intra XIV. dies a promulgato in eam rem Edicto, nomina sua profiteri debeant; Alioquin, ac etiam, si post edita apud Rectorem nomina quidam vagentur, nec ullas audiant lectiones, indicabuntur tales Magistratui oppidano, ut sciant, hospites esse alienos ab ordine Scholastico, quales ut nec privilegiis Academiæ fruantur, sed magistratibus subjiciantur, cautum est. Quamdiu igitur talis separatio & exclusio a corpore Academiæ, cum denunciatione Magistratibus ordinariis insinuata, non est facta, manent cives Academiæ. Idque non tantum apud nos, sed ubique juris esse arbitror, ut qui semel Academiæ aggregatus est, quibuscunque moribus sit præditus, quamdiu decreto publico non est Albo expunctus, maneat Academiæ foro subjectus: etsi non negamus, eos, qui moribus suis, nulla parte studiorum professioni respondent, meritissime a jure Academico excludi.

76. Studiosis surrogandi, vel potius præferendi erant, *Clerici*, quibus aliud jure Civili, aliud Canonico tribuitur privilegium. Jure Civili aliud veteri, aliud novo. Olim in provinciis apud Præsidem, in Urbe apud præfectum Prætorio conveniebantur, *l. 33. C. de Episc. & Cler. l. 13. C. de Episc. audiend.* Novum jus est Justiniani in *Nov. 83. & N. 123. c. 21.* ut Clerici in pecuniariis causis apud Episcopos conveniantur, qui si nolint, aut nequeant judicare, lis peragenda apud Judicem ordinarium. In causis criminalibus distinguitur; si *proprium* sit Clerici, ut Simoniæ, profanationis, inobedientiæ, judicium est Episcopi; si vero commune sit delictum, ut adulterium, cædes, furtum, cognitionem ordinariis tribunalibus non vult Imperator subduci, modo ante supplicium, damnati degradatio fiat ab Episcopo. Jure Canonico Clericos omni Magistratuum potestati esse subductos, satis constat, sine distinctione civilium criminaliumque causarum, *cap. Clerici. 8. de Judic.* adeo quidem, ut Pontifices, eos ne fori quidem privilegio renunciare patiantur, *cap. si diligenti. & c. significasti. X. de for.*

legiatæ personæ in locis, ubi contraxerunt, inveniantur, ibi Foro subjectæ sint, quod de Legatis scriptum est in *l. 2. §. 3. h. t.* Privilegium enim eximit illos ordinario Foro, quod æque est Rei gestæ & sitæ, quam domicilii. Proinde nec ad locum rei sitæ venire compelluntur, nisi quatenus res aliam facultatem nullo modo recipit, nec continentia causæ aliquo loco inchoatæ separari queat, ut de judiciis divisoriis, rationibus reddendis, similibusque dicendum videtur. An etiam de Arrestis? Non est eadem ratio; sed qui his contra privilegiatos uti velit, cum privilegio ipsorum parcere consentaneum est; nec enim illorum diversam ab aliis in Rem actionibus apparet esse conditionem.

78. Post privilegia, causam mutandi Fori collocavimus *Justitiam denegatam;* Quando Judex inferior in jus vocanti aut supplicanti, aliterque ejus officium imploranti, non facit copiam sui, nec consuetum juris processum patitur exerceri, tum quilibet ab eo, cui alioqui est subjectus, ad Comitatum Principis, sive Curiam Supremam, non modo se conferre potest, judicis compellendi causa: sed & adversarium, cui prima alioquin instantia non est subjectus, vocare potest, *arg. l. 2. D. ut lit. pend. & Auth. Statuimus. §. 1. C. de Episc. & Cler.* ubi, qui tertio requisitus justitiam denegat, jurisdictione sua, in illa scilicet causa, mulctatur. Idem jure Canonico, *c. ex transmissa. c. licet ex suscepto. de for. comp. c. cæterum. de Judic.* Statutis quoque Frisiæ expressum, *l. 3. tit. 8. art. 1.*

79. Dicendum erat porro de prorogatione, de connexione rerum, de reconventione, deque jurisdictionum varietate, si hæc a connexione rerum diviso intellectu accipi potest. Verum his de rebus titulum expectamus proprium in Lib. XI. nisi quod de prorogatione dictum satis est *ad tit. de Jurisdict.* Denique, per *Arrestum* notabilis fori mutatio * committitur his temporibus; sed de hac *ad tit. de in jus vocando* tractavimus. Illud heic unice observabimus, quod ab initio capitis hujus diximus; proprietatem fori perpetuam esse, ut in ea facultas *cogendi* partes, inveniatur; Etsi autem illa ex sententia juris Romani sola minime sufficiat, ad fori causam constituendam, in *Arresto* tamen vix est, ut alia Gentibus ratio Fori exinde mutandi constet, quam, quod occasione compellendi homines, ut in suo territorio se judici sistant, in civium suorum gratiam utendum putent; quod ut solum sufficere non debebat, (unde Jus Cæsarum hanc causam penitus ignorat) ita facile nobis suggerit, juris publici privatique rationibus non esse consentaneum, ut homines Foro talium judicum, a quibus cogi, quique invitis illis, sententiæ executionis copiam & effectum dare nequeant, subjectos esse statuamus, sicut usu perpetuo e præcedentibus observare licuit.

TIT. II.
De Inofficioso testamento.

I. Continuatio, & Querelam esse speciem petitionis heredit. Ubi & de bonor. possessione litis ordinandæ gratia. II. An Querela sic possit institui, ut petatur sola rescissio, sine petitione hereditatis. III. An dictum usus hodierni, le mort saisit le vif, *tollat usum Querelæ. IV. An prætextus furoris hodieque locum habeat, & an sit licitus. V. Causa Querelæ Pietas, quousque. VI. Liberis nothis quatenus detur Querela. VII. An Matri detur Querela contra pupillarem substitutionem a Patre filio factam. VIII. De Querela fratrum duplex Quæstio determinatur, an fratribus uterinis hodie Querela detur, & an spurii pro turpibus personis habendi. IX. An Patre per Querelam obtinente, fratres ad successionem ab intestato admittantur, quod Neg. X. An pater solus querens plus, quam ab intestato ei competit, auferat, quod Neg. XI. DE LEGITIMA, non posse parentes vivos ad eam dandam cogi. XII. An ususfructus Legitimæ, Patri jure patr. pot. probiberi possit ab avo. XIII. An solutio æris alieni liberorum, ex ea probiberi possit. XIV. An exheredatus liberis connumeretur in computanda quantitate*

* Jure nostro Arrestum personale Jurisdictionem non videtur prorogare, cum præstita de solvendo cautione id statim relaxandum sit, *O. P. S. t. 51. §.* in allen denen Fällen. qua relaxatione facta, causa ad ordinarium Judicem remittitur, Carpz. *l. 2. Resp. 21. n. 7. sq.* j. Svend. *ad Fibig. Proc. p. 977.* Arrestum autem reale legitime impetratum, siculi Jus reale in bonis debitoris tribuit, *P. 1. C. El 21. §.* ferner. ita etiam locus arresti impetrati, tanquam forum rei sitæ, pro judicio competente recte habetur. vid. Menck. in *Tract. Synops. ff. tit. de Judicus, p. 100.*

Legitimæ. XV. An Legitima moribus hodiernis aliter, quam titulo institutionis relinquatur. XVI. An Pater filio gravamen aliquod super totam hereditatem injungere possit, ita ut, si hoc recuset, Legitimam solam ei relinquat. XVII. Quarta Antoniniana an hodie locum habeat. XVIII. De renunciatione Querelæ quid juris & moris hodierni, differentiaque filii & Patris hac parte. XIX. De exheredatione bona mente facta, casusque aliquot singulares. XX. Condictionem ad supplem. legitimæ videri esse quinquennalem. XXI. In dubio pro, an contra exheredationem sit judicandum. XXII. Clausula Codicillaris an restringat Querelam.

POst tractatum de Judiciis generalem, variæ sequuntur species, & primo quidem universalium judiciorum, quæ sunt de hereditate, cujusmodi duo sunt; Querela Inofficiosi Testamenti, & Hereditatis petitio: de quibus hac ratione seorsim a materia successionis testamentariæ atque legitimæ, non admodum alioqui commode pro adsuetis methodo Justiniani, tractatur. Recte Querelam vocari speciem hereditatis petitionis, ad *Inst. h. t.* dictum est, obiterque remota objectio, Querelam nec esse a testamento, neque ab intestato, quod accurate loquendo verum est. Nam ideo Prætor dabat exheredatis bonor. possessionem *litis ordinandæ gratia, l. 8. in pr. h. t.* ut jus heredis præferre & hereditatem petere posset exheredatus, quod nec poterat e testamento, in quo exclusus erat, nec ab intestato, quamdiu subsisteret Testamentum. Atqui alterutro titulo opus est ad hereditatis petitionem, *l. 1. de Hered. pet.* Qualis igitur fuit illa bonorum possessio litis ordinandæ gratia? testati? an ab intestato? sine dubio ab intestato, secundum intentionem querentis, & quidem sine re & sine effectu, si filius querens succumberet. Vigl. *ad §. 2. I. de Inoff. Test.* Sutholt. *disp. 9. th. 9.* Verum si Querela sit ipsa Heredit. petitio & species ejus, cur ante eam tractatur? non, quia præparatorium sit judicium, sed quia datur in causa facti testamenti, & causa testati causam intestati præcedit; quia datur & proximis duntaxat, cum hereditatis petitio sit æque pro extraneis, quam pro Legitimis heredibus; quia denique, tametsi rescissio & petitio uno eodemque judicio fiat, verum tamen est, rescindendum esse testamentum prius, quam petatur hereditas, adeoque prius illud fuisse commemorandum; etsi duobus ad hunc finem nihil opus sit judiciis. Executi autem sumus hoc caput plena manu in Parte *I, Inst. h. t.* quo Lectorem remittimus.

2. Diximus, quid sit Querela, quibus, quo ordine detur, & quibus casibus cesset. Definitionis exegesi, quæ est in *d. tit. n. 2.* nihil habemus addendum, nisi placeat hoc quæsitum; Cum probaverimus, Querelam non esse judicium præparatorium, sed rescissionem testamenti, petitionemque hereditatis, & in eodem judicio fieri, ex *l. 19. in fin. & l. 20. h. t.* nec aliter in Foris nostris servetur, quam ut is qui vult queri, una eademque conclusione, testamentum esse rescindendum, sibique restituendam hereditatem, contendat; Quæritur, si quis ita instituerit, ut primo nihil aliud peteret, quam rescindi testamentum, dein alia instantia petiturus hereditatem, an repelleretur? Hoc sine dubio agendum, ne judicia sint elusoria, & evitandi circuitus. Si quis Rei vindicatione volens agere, concludat, *ut ipse dominus declaretur* duntaxat, non videtur recte agere, ne postea novo opus sit judicio, ad restitutionem. Sic etiam, *qui de Inofficioso agit, nullam aliam actionem, quam hereditatis petitionem exercere debet*, ait Paulus in *l. 20. h. t.* Putem igitur, reo contradicente, talem agendi modum, quo nihil quam rescissio testamenti postulatur, ut ineptum inutilemque recusari posse; si a partibus admittatur, transibit, ut sit, quoties non omnia libello, quæ secundum actionis naturam inesse deberent, inseruntur.

3. Usum Querelæ non esse minorem jure novo, quam fuit olim, *d. num. 2.* demonstravimus. Sed inexpectatum est, quod aliqui tradunt Pragmatici, in iis locis, ubi valet dictum Gallicæ praxeos, *le mort saisit le vif*, id est, *Possessio mortui continuatur in vivum*, Querelam esse nudum nomen, & quod liberi possessionem hereditatis paternæ ipso jure adipiscantur, ita ut Querela non sit opus; Autumn. *Censur. ad l. 14. de Bon. poss.* quod & moribus Belgicis applicare D. Ant. Matthæum, *Auctar. ad disp. de Divort. Leg. & us. post Disp. de Testam. n. 80.* narrat, sed non approbat D. Voetius *ad h. tit. Inst. n. 2.* Nec sane Groenewegius, Romani juris alioqui facillimus abrogandi, Querelam esse abrogatam contendit. Nisi me omnia fallunt, dictum illud possessionis continuandæ, supponit causam successionis testamentariæ, vel ab intestato: Sed ut exheredatus, antequam constet, jure sit exclusus an injuria, possessionem hereditatis paternæ obtineat, enorme dictu esse videtur; Saltem rescissio testamenti debet esse necessaria, nec minus restitutio bonorum, qua-

quatenus ab alio detinentur: quod quid aliud, quam Querela esse queat, non apparet. Hoc satis constat; si Filius hereditatem possideat, non opus esse Querela per modum conventionis, sed expectare posse, dum Hereditas ab ipso petatur, ut tum Reconventionem Querelæ instituat, vel eam per exceptionem opponat, quomodo *l. 18. §. 13.* accipiendam esse, probat D. Wissenb. *h. t. n.* 2. Apud nos cum praxis continuandæ possessionis in heredem recepta non sit, quin adhuc Querela suum teneat vigorem, nihil ambigendum est.

4. De formula agendi potest etiam dubitari, sitne locus adhuc illi commento, quod Romani Juris Conditor adhiberi voluit, de quo agimus *ad d. tit. I. n. 3.* ut filius dicat, *patrem non fuisse sanæ mentis, pr. d. t. Inst. & l. 2. h. t. non quasi vere demens vel furiosus fuerit*, ait JCtus, sed causa honoris reverentiæque ergo, ne memoriam paterni nominis dehonestet. Nullum hujus coloris in libello adhibendi usum superesse, tradit D. Schotanus *examin. ad h. t.* Quod si verum est, hunc colorem tinctum esse in naturali pudore verecundiaque filiali, difficile dictu est, *moribus* hoc institutum esse sublatum; nisi quatenus primum Juris Præceptum *Honeste vivendi*, ut hodiernis moribus labefactatum, inter obsoleta quis putet habendum, ut a quodam antecessore disputatum esse, refert Barclajus in *Euphorm. a princip.* Ad objectionem, quod nec hoc nimium reverentiæ præ se ferat, dicere, patrem fuisse dementem, refellendam facit, quod Calpurn. Flaccius *declam. 30. Pius est*, inquit, *sine dubio filius, qui in Patre mentis errorem potius morbo adsignat, & fato, quam moribus.* Quod attinet ad difficultatem, quam nobis inculcabat *Wissenbachius* noster ex disciplina sui Præceptoris, non esse probandum commentum, quo quis adjuvetur potius, si mentiatur, quam si verum dicat; nec religionem pati, ut quis, patrem dicat mentem captum fuisse, quem constet valide ad extremum sapuisse; responderi potest: non esse mendacia, quæ ὁσίας χάριν, altero, quicum loquimur, conscio proferuntur; nec enim tum dicitur Falsum contra proximum; Atqui & Judex & pars adversa bene novit, amentiam in hoc casu non prædicari historice, sed dicis & honestatis gratia, quod & ipsa res satis indicat, cum, ut admonet Justinianus *d. princ. in fin. Si Testator vere furiosus fuisset, non opus esset, de inofficioso queri.* Taceo, quod sæpe simpliciter vereque furiosus dicitur Pater, qui male consulit filio non male merito, qualis Olympiodorus apud Demosth. κατ᾽ ὀλυμπ. in simili causa. Ὀλυμπιόδωρος μὲν τοίνυν τοιοῦτός ἐστιν ἄνθρωπος, οὐ μόνον ἄδικος, ἀλλὰ καὶ μελαγχολᾶν δοκῶν ἅπασι τοῖς οἰκείοις, καὶ τοῖς γνωρίμοις, τῇ προαιρέσει τοῦ βίου, καὶ ὥσπερ Σόλων ὁ νομοθέτης λέγει, παραφρονῶν, γυναικὶ πειθόμενος πόρνῃ καὶ ἄκυρά γε ταῦτα ἐνομοθέτησεν εἶναι Σόλων, ὅ, τι ἂν τις γυναικὶ πειθόμενος πράττῃ. *Olympiodorus iste non tantum homo injustus, sed etiam omnibus notis & familiaribus pro melancholico habitus instituto vitæ, imo, ut Solon Legislator ait, furiosus, qui mulieri pareat impudicæ. Enimvero quæcunque ab homine mulieri obsequente disponuntur, ea cuncta Solon irrita esse statuit.* Cæterum, de usu fori hac parte statuendum videtur; Amentiæ colorem non videri necessarium esse, quoniam ea, quæ a speciali formularum conceptione dependent, in Foro ita non servantur: Fundamentalis tamen ratio sine dubio valebit, ne liberis in memoriam Parentum contumeliosis dictis uti permittatur, eaque causa Libellus vitium contrahere possit.

5. Causam, propter quam detur Querela, esse pietatem, novimus ex *l. 15. in pr. de Inoff. testam.* Pietatem autem Latini proprie de officio στοργῆς naturalis erga sanguinem usurpant, quæ exheredatione, quanto arctior, tanto est indignior, faciliusque remedium Querelæ meretur; donec paulatim remotiore sanguinis gradu, respectus pietatis in tantum remittitur, ut quidem minus laudabile sit, extraneum præferre sanguini, nulla tamen animadversio Legis ad retractandum morientis arbitrium distringatur. Nec adeo lædere jus conscientiæ dicendus est, qui fratres aliosque collaterales; institutis extraneis, sine prævia offensione præterierit; secus ac cum aliis, Sutholtius adfirmat *Dissert. 11. Coroll. 1.* qua de re videnda nostra *in lib. 4. Digres. c. 34. & seqq.*

6. Hinc quia maxime *amor descendit*, prima liberis Querela datur, de quibus *ad d. t. I.* Nothi, de quibus ibi indictum, aut dictum est, ut alibi diceretur, sic est habendum; illos a matre præteritos, vel exheredatos, habere Querelam, quia non differunt a legitimis respectu genitricis, *l. 5. C. ad Sc. Orphit. in fin.* Ne spurii quidem *l. 2. & 8. D. unde cognati.* nisi mater sit illustris & habeat liberos legitimos, *d. l. 5. C. ad Sc. Orphit.* sed respectu Patrum magis est, ut spurii Querelam

lam habere non videantur, cum Patrem non habeant, *§. ult. I. de nupt.* Nothi vero jure quidem aliquo successionis ab intestato gaudent, *Nov. 89. c. 12. §. 4.* Testamento exclusis nihil juris datum legitur, nedum ut Legitimæ petitionem habeant, sine qua nulli datur Querela, *Nov. 18. c. 1. in fin.* etsi dissent. Cujac. *ad Nov. 18.* & dubitat Zœs. *ad h. t. n. 10.* Denique, liberos adrogatos & ab adscendentibus adoptatos, cum necessario instituendi vel exheredandi sint, certum est, habere Querelam, quæ ob eandem rationem adoptatis ab extraneo non tribuitur, *§. 2. I. de Adopt. §. 5. in f. I. de lib. exhered. §. 14. de Success. ab intest.*

7. De Querela Parentum agimus in *d. tit. Inst. n. 3.* sed de Querela matri danda, species & decisio singularis est in *l. 8. §. 5. ff. de Inoff. testam.* Ubi Ulpianus; *sed nec impuberis filii mater inofficiosum testamentum dicit, quia pater ei hoc fecit.* Pater substituit filio impuberi, quem habet in potestate, pupillariter, eique scribit heredem suam sororem, vel pone, sis, concubinam; ut bona non modo a se testatore, verum & aliunde ad filium profecta deferantur, non ad matrem pueri, sed ad amitam, testantis sororem, vel, quod indignius, ad pellicem uxoris suæ. Mater queri non potest, quia datur ei Querela contra testamentum a filio factum; at hoc a patre compositum est, suo marito; conjugi autem adversus conjugem Querela non datur. Quid autem; nonne matri competit Legitima de bonis filii, in hoc casu? Non potest competere, quoniam his demum legitimæ petitio datur, quibus querela conceditur, *N. 18. c. 1. in fin.* Quod si obtineri possit, ut legitima matri decidenda foret, ne quidem a jure Querendi ullo modo excludi posset, *d. loc.* At hoc iniquum pragmaticis videtur, ut prætextu subtilitatis rigidissimæ, jus naturæ præcidatur, & officia pietatis inter matrem filiumque abrumpantur. Ideoque non dubitat Autumnus in *censur. Jur. Rom. ad d. l. 8.* quin contrarium in judicando obtineat, & ex eo D. Voetius ad *hunc tit. cap. de moribus.* Quid nos a manifesta juris Romani sententia possit absolvere non video, * nisi totum illud tanquam iniquum & impium sit explodendum, quod non video cur facere debeamus, nisi fas sit eodem stylo substitutionem pupillarem confodere. Nam hoc patriæ potestatis jus est, ut filio impuberi scribere possit heredem pater, quem velit: nulla heic impietatis aut inofficiosæ testationis species apparet; aut enim hæc inter Patrem testatorem & pueri matrem foret, aut inter hunc & matrem suam: non inter illos, quia inter conjuges non vertitur respectus inofficiosi testamenti; nec filio imputari potest, cum ejus nullum factum argui possit, qui nec fecit testamentum, nec facere potuit. Tu dices; Legitima tamen debetur matri e bonis filii, idque juris naturalis & immutabilis est; Qui id igitur pupillaris substitutionis interventu everti poterit? Evanescet hæc objectio in speciem valida, si definitionem Legitimæ, quam dedimus *in posit. 17. ad tit. Inst. de Inoff. testam.* consideres; Legitima, est *portio hereditatis, quam lex necessario relinqui jubet iis, quibus competit Querela inofficiosi.* Proinde legitima supponit jus querendi de inofficioso testamento, nec ulli alii competit, nisi cui facultas est, impugnandi evertendique testamentum per hoc remedium; quod cum jure negetur, consequens est, cessare quoque legitimæ petitionem. Sane quid statuendum foret, si ad hunc rigorem subtilitatis legalis, quemadmodum certe potest appellari, accederet indignitas singularium circumstantiarum; ut si persona turpis instituta sit, veluti, quod insolentissimum foret, si concubina legitimæ uxori, quæ sit mater pueri, prælata fuisset, non habeo dicere. Equidem posse judicem, aut sane Principem, ob exquisitas circumstantias a jure scripto recedere, probavimus & rationibus, & exemplo illustri, in *Digression. Justinianæis part. 1. cap. ult.*

8. De Querela Fratrum atque Sororis, absolvimus ad *d. tit. I. n. 4.* ubi rationem duplicis variationis in quæstione duplici reddidimus, in quibus dialecticæ juris rationes, & gravitas judicii legalis, hinc inde confligentes, fecerunt, ut postremo nobis sederit, quod minus verbosum, at solidiore niti fundamento visum est. De Spurio videtur omnino dicendum, hæc verba *l. 27. C. de Inoff. testam. Si scripti heredes infamiæ, vel turpitudinis, vel levis notæ macula adspergantur,* ad eos, qui *perperam & non bene merentur*, ut mox *ibidem* respectu liberorum subjicitur, esse referenda. Vult idem vocula, *adspergantur*, quæ notam facti recentis, non infamiam natalium continet, quibus adde quæ *d. n. 4.* habuimus, eoque plu-

* Quid Saxones absolvat, (*Const.* puta *Elect. 8. Art. 3. & Decis. Elect. 47.*) vide *supra P. I. p. 201.* in nota subjecta.

ra

ra Palæotus *de Noth. & Spur. c. 55.* Fachinæ. 4. *contr. v. 93.* Brouch. 1. *misc.* 22. Quod ad alteram quæstionem attinet, Constantinus in *d. l. 27.* distinguit inter fratres uterinos, & consanguineos, ut his competat, illis non competat Inofficiosi Querela, quia tunc illa differentia adhuc notabiliter in usu erat, quam Justinianus deinde funditus sustulit in *Nov. 118. c. 2.* ne ulla, inquam, ejus mentio fieret in *ulla successione, quocunque modo prioribus legibus tractabatur.* Tu dices; Agitur ibi de Successione ab intestato, Querela secundum ejus regulas non ordinatur. Sed plerumque ubi jus intestati obtinet, Querela cessat. At, inquam, sufficit, Querelam nulli, quam jus ab intestato successionis habenti, competere, *l. 6. §. 1. h. t.* ubicunque illa usu venit, ibi cessat differentia marium & feminarum ortorumque & ortarum ex illis, quæcunque legibus antiquis erant stabilitæ, *d. c. 1.* Denique, propositum fuisse Justiniano, universam sexus feminei injuriam abolere, nec in pari gradu sanguinis feminas deteriori jure quam mares esse pati, liquet ex infinitis *d. cap. 4.* verbis, & ex *arg. l. 4. C. de lib. præt.* quæ est ejusdem Justiniani, ubi quod de successione ab intestato sancitum erat, ad diversi generis successiones transfertur. Verum ut hæ sententiæ rationibus utrimque speciosis non destituuntur, ita suum cuique facile patior esse judicium, modo idem mihi sine præjudicio permittatur.

9. Ad hunc locum pertinet etiam memorabilis Quæstio, An, si pater inofficiosi egerit ac obtinuerit, ejus liberi, fratres defuncti, ad successionem quoque vocentur; similiter, obtinente fratre, an & liberi fratrum pariter succedant? * Ratio affirmandi in speciem valida occurrit, quia rescisso per querelam testamento, obtinet successio ab intestato, secundum quam fratres & sorores juxta Parentes, fratrum liberi cum fratribus admittuntur, *Nov. 118. c. 2.* & Pater nihilo plus juris, evacuato testamento, efficere videtur, quam si nullum plane testamentum fuisset, siquidem per querelam res eo redigatur, ut quasi testamentum extet nullum, *l. 6. §. 1. h. t.* Rationes tamen contra sentiendi videntur validiores, suntque potissimum hæ: 1. Cui soli datur actio petitioque, huic quoque soli victoria prodest; Parenti autem constat, si velit, soli querelam dari; aut si pater non sit, fratri, non liberis fratrum; Ipse igitur, cui datur querela, solus triumphat, & solus fructu victoriæ gaudet. Res enim inter alios acta & judicata, aliis neque nocet neque prodest, *l. 63. de Re judic.* ubi referuntur quidem aliquot exceptiones, ut excipit D. Thomasius in Schol. ad *d. pos. 8.* verum quæ nihil cum hac specie quæsiti commune habeant. Denique Restitutio hereditatis nihil est aliud, quam executio sententiæ, qua hereditas querenti fuit addicta, executio non potest latius extendi, quam sententia ipsa pateat. Ideoque nihil valet argumentum de ordine succedendi ab intestato, quia non est hic petitio simplex hereditatis ab intestato, sed vi sententiæ super querela obtentæ, *l. 17. h. t.* Hujus L. Glossa tres statuit casus. Verius est unum esse; qui proponitur *in pr.* continuatio est ejusdem casus in vers. *unde.* decisio in *§. ult.* Oppon. Alius est casus in verbis, *ad success. ab intest. vocati;* Hoc non convenit repudianti, qualis *in pr.* Resp. In versic. *unde.* proponitur ratio dubitandi, quæ est hæc: *Filius, qui animo repudiandi non est questus, ideo tamen repudiavit jus succed. ab intestato.* Sed quia tamen alter solus habuit jus querelæ, propter animum repudiandi in altero, hinc solus obtinuit per sentent. qua se tuetur adversus alterum agentem heredit. petitione, *in fin. d. l.* Ratio altera est, quia fratres, honesto herede instituto, impune prætereuntur, fratrumque liberi semper & absolute. Ideo cum testator, uxore herede instituta, parentem & fratres exclusit, hi recte & sine remedio sunt exclusi, testamento ipsorum intuitu recte & rite facto: Ipsis adeo spes omnis præcisa, successione ab intestato, quantum ad ipsos, per testamentum jure factum extincta, quam nullo consilio recuperare possunt. Igitur, quod querela inofficiosi testatorem ad causam intestati reducat, *l. 6. §. 1. h. t.* id ita accipiendum; quod successio ad eum, qui ab intestato fuerat successurus, devolvatur, non quod omnes, qui ab intestato jus habebant, per querelam successioni admoveantur. Obstat adhuc *l. 19. h. t.* ubi sororum una ex quadrante instituta, altera a matre præterita est; quæ per querelam rescindit Testamentum. Nec tamen omni hereditate potitur, sed quæ non questa fuit soror, aufert semissem ab intestato: quod sororis ea sit ratio, ut nunquam deterior ejus conditio in causa querelæ inofficiosi esse potuerit, nec unquam a sorore ex-

* De duabus his quæstionibus, ut & de illa, quæ sequenti *§. 10.* affertur, inter Saxones non disceptatur, quod eorum jure, neque fratres cum parentibus, neque cum fratribus fratrum liberi, unquam admittuntur.

cludi: Quare nec permittendum fuit, ut una per querelam noceret alteri, cui leges idem jus ad querelam tribuerunt, quod fecus in cafu præcedente fuit. Plane de liberis id proditum eft, quando unus ex illis teftamentum evertit, tunc reliquis idem remedium, ut par omnium conditio manet, applicari, *l. 3. §. 11. & l. 10. §. ult. de bon. poff. contr. tab.* vid. *l. 16. in pr. & l. 17. h. t.* Non poteft igitur ex *d. l. 16.* colligi, quod colligendum primo videtur; Ὁμόψηφοι funt Cujac. *ad Nov. 84. in fin.* Vigl. *ad pr. Inft. h. t.* quem omnino vide. Diffent. etiam Thomafius in Schol. ad *pof. 18. h. t.*

SCHOLIUM.

Cum Autore fentit Struv. Ex. 10. th. 23. *Mihi contrarium placet, fratres hoc cafu cum patre, & fratrum filios cum fratribus admitti,* arg. l. 7. §. 1. h. t. *adde Schütz* comp. h. t. p. 38. in fin. *& qui hanc opinionem latius confirmat, Stryk.* in tractatu de Succeff. ab inteftato.

N. ADDIT.

Quæftio hæc, facile in utramque partem difputari poteft, cum, quamcunque fententiam arripias, premat irregularitas quæpiam ex parte adverfa. Nunc tamen magis inclino ad fententiam Autoris, re majori attentione penfitata.

10. Sed refciffo per Patrem teftamento, quid fiet de portione Fratribus ab inteftato debita: numquid hæc Patri accrefcit, an penes fcriptum heredem manebit? Accrefcendi jus nullum hic, ubi nulla conjunctio: Proinde cum Pater fuum jus fuamque partem duntaxat acquirat, reliquam hereditatem penes fcriptum heredem manere, neceffe eft, quod in Querela inofficiofi infolens non eft, ut Teftator ex *poftfacto* partim teftatus, partim inteftatus intelligatur, *l. 15. §. ult. & l. 17. h. t.* Exheredatus adeo non petet per Querelam plus, quam ipfi ab inteftato debetur, *l. 8. §. 8. in med. h. t.* Schotan. exam. *ad h. t. verf. debetne?*

SCHOLIUM.

Sed cur non potius Pater folus hac in parte hereditatem acquireret, fi maxime verum effet, Fratres hoc cafu non admitti? Sane textus Autori citati ejus affertionem non evincunt. Nam l. 15. *agit de cafu fpecialiffimo, ubi Teftamentum non poterat dici in totum effe refciffum, & de exceptione a regula, quæ non eft extendenda.* Lex 17. *vero potius pro nobis eft, quam pro Autore, fi modo recte explicetur,* vide Struv. Ex. 10. th. 26.

RESPONSIO.

Ex illis textibus nihil probavimus, quam per Querelam poffe aliquem pro parte redigi ad cafum inteftati. Probatio rei ipfius eft ex d. l. 8. §. 8. *& quod Exheredatus per Querelam amolitur ab fe duntaxat injuriam, ne privetur eo, quod ab inteftato ad ipfum pertinet.*

N. ADDIT.

De hac quæftione idem efto judicium, uti de præcedente. Addo pro declaranda fententia Autoris, quod querela inofficiofi fit modus non lucri captandi, fed damni evitandi. Lucrum vero captaret heres ab inteftato, fi plus confequeretur hac actione, quam confecutus fuiffet ab inteftato.

11. Ad hunc titulum pertinet etiam tractatus de LEGITIMA, de qua fimiliter copiofe dictum eft *ad h. t. Inft. n. 8. & feqq.* nec repetimus. Addemus faltem, quod illic probavimus, *num. 9.* Parentes etfi bona diffipantes, non poffe compelli a liberis, ut fibi legitimam vivi repræfentent, hoc eft, in antecefſum folvant: Nec, licet æquitatis prætextus contrarium blandiatur, ab ufu tamen forenfi, quod dixi, minime eft alienum, reperioque id ipfum re judicata confirmatum effe a Curia Frifiæ Suprema, in caufa *Evæ Theodori Franekeranæ, contra Nicolaum Cornelii cum uxore Donjumenfis, 4. Octob. 1642.* tefte D. Nauta, *Decif. Mfc. 115.*

12. De gravamine Legitimæ non adjiciendo, egimus *ad d. tit. n. 10.* Hac de re Quæſitum memini, cum avus nepotem heredem fcripfiffet, hac lege, *ne Pater ufumfructum haberet, ne legitimæ quidem;* an Curator nepotis ufumfructum legitimæ patri prorogare poffet? videbatur, quod non; cum hoc utique gravamen effe, non videretur, fed ad filium augendum pertineret: Nihilque vulgatius eft, quam ceffare Patris ufumfructum, fi Teftator eum prohibuerit, idque etiam refpectu matris & aviæ, aliorumque Parentum, traditur in *Auth. Excipitur. C. de bon. quæ lib.* nec limitationis, ratione Legitimæ, meminerunt Cujacius aut Rittershufius ad *Nov. 117. pr.* unde fumpta eft *Auth.* Nec Perez. *ad d. t. C. n. 3.* Atqui tamen Juftinianus diferte fic ait, Θεσπίζομεν τοίνυν ἄδειαν εἶναι καὶ μάμμῃ καὶ τοῖς ἄλλοις γονεῦσι, μετὰ τὸ καταλιπεῖν τοῖς παισὶ τὸ ἐκ τῶν νόμων ὀφειλόμενον μέρος. *Sancimus igitur matri & aviæ cæterisque parentibus licere, poftquam liberis partem legitimam reliquerint,* de cæteris pro lubitu difponere, etiam ἐπὶ τοιούτῳ ὅρῳ καὶ

ai-

αἱρέσει, ὥστε τὸν πατέρα ἐν τούτοις τοῖς πράγμασι μηδένα usumfructum, *μηδὲ τὴν οἱονοῦν παντελῶς μετουσίαν ἔχειν. Etiam hoc modo ac determinatione, ut pater in his rebus ne quidem usumfructum, nec ullam omnino participationem habeat.* Ex his, quicquid Auctores illi, non dubito, quin Legitima, prohibitioni ususfructus Paterni sit exempta. Denique, in ejusmodi specie facti, Suprema Curia consulenti Curatori rescripsit, usumfructum Legitimæ Patri recte prorogatum iri, *d. 11. Octobr. 1679.*

13. Quid si Parentes prohibuerint, ne de legitima æs alienum solvatur? Et hoc in filii commodum adjectum, ideoque pro gravamine haberi non posse videtur: sed tamen, quia Viro bono non minus grave est, fidem exsolvere non licere, quam quodlibet gravamen, magis est, ut ne hæc quidem conditio legitimæ imponi posse videatur, *arg. d. Nov. 117. c. 1. pr.* Id satis constat, in Legitimam Creditoribus nihil juris directe acquiri; nec ideo prohiberi Filium in eorum fraudem renunciare toti hereditati, nec legitima quidem excepta, ut ex *l. 134. de R. J. & l. 6. in pr. de his, quæ in fraud. Cred.* recte probat & judicatum defendit Sandius noster, *l. 3. decis. tit. 13. def. 3.* Unde sequitur, si filius ac nepos gravamen legitimæ suæ impositum agnoscant & recipiant, Creditores illud impugnare non posse, nec adeo tunc gravamen esse videri.

14. De quantitate Legitimæ locuti sumus *ad d. tit. I.* de qua superest ardua Quæstio, cujus disquisitionem ad hunc locum reservavimus; Quoniam legitimæ quantitas variat pro numero liberorum, quæritur, inquam, an juste exheredatus etiam connumeretur? Est notissima positio Juris: *Filius legitime exheredatus pro mortuo habetur, l. 1. §. 5. ff. de conjung. cum emanc. lib. ej.* ubi illa res hunc usum habet, quod exheredato filio, nepos ex eo ad successionem admittitur; hoc est, filius perinde nihil habet, ac si non esset, *l. 10. §. 4. de bon. poss. c. tab.* Extenditur hæc sententia a Doctoribus communiter, etiam recentioribus, ad computationem Legitimæ, cujus quantitas est triens, si quatuor, non plures; semis, si quinque vel plures sint liberi, ut exheredatus liberis non connumeretur, sed perinde habeatur, ac si non esset. Exempli gratia. Pater reliquit quinque liberos, unum exheredavit, est ne legitima triens, pro numero quatuor, an semis, pro numero quinque liberorum? Triens erit, quia quintus exheredatus non numeratur, ut volunt D. Wiss. ad *h. t. n. 11. & alii.* Sed oportet alium addamus casum majoris *ἀναθεωρήσεως*; an, quod de exheredato sit dictum, etiam de quolibet excluso a Querela, qui jus ab intestato habeat, sit statuendum? Dabo casum, super quo consulta fuit aliquandudum, me juxta, Facultas Juridica hujus Academiæ; Paterfamilias apud Bataviam Indiæ fecerat uxorem heredem, matrem ex legitima, sorores, ni fallor, tres præterierat. Quæsitum fuit, an legitima esset triens totius hereditatis, quasi sorores fuissent mortuæ, an triens quadrantis: est hic casus frequentissimæ similitudinis. Communis est sententia, illos, qui legitime sunt exclusi, perinde haberi pro nullis, ac monachi Franciscani, ut loquitur Gailius *l. 2. obs. 122. num. 17.* Peregrin. de *Fideicomm. art. 38. n. 13.* Tessaur. *decis. 142.* Fachinæ. 4. *controv. 31.* Rittersh. *part. 6. expos. Nov. c. 4. n. 34.* In Curia nostra similem casum reperio decisum 25. *Mart. 1645.* apud Nautam *decis. Msc. 144.* in causa *Mariæ Valerii, viduæ Vincentii Epei, contra Doctorem Tiberium Thomæ.* Hic erat institutus heres ab uxore, mater Maria ex legitima, sororibus & fratribus præteritis; Matri tertia totius hereditatis adjudicata est; Nec adeo negandum, quin hæc sententia in Foro recepta videatur, eandemque in modum Facultas priore casu respondit. Non desunt tamen, qui secus sentiant. Nec unquam in auctoritate non authentica acquiescendum est, nisi *ratio* constet, quæ ex *lege* petenda. Lex ait, *Legitimam esse partem* definitam *ejus, quod ad filium esset perventurum, si intestatus paterfamilias decessisset:* ut etiam is, qui hoc *donaverit* ei, qui exclusus haberet *querelam, secure testetur*, ut auctor est Ulpianus in *l. 8. §. Si quis mortis. 6. h. t.* Secundum hanc sententiam Ulpiani, videre non possum, exheredationem, quæ ab intestato nulla est, quicquam mutationis inferre in calculum quantitatis rationemque Legitimæ. Textus, in quibus exheredatus pro mortuo haberi dicitur, de casu ac eventu testamenti loquuntur, & effectum ordinarium, quod exheredatus nihil e testamento capiat, significant, adeoque ad hunc casum nihil omnino pertinens præ se ferunt. Videndum igitur, an non rectius, ac arte Juris dignius videatur, ita statuere; Testatorem in casu, quo liberi ab intestato quinque succederent, si uno exheredato, alii legitimam reliquerit; non secure testari, nisi semissem, ut est hodie, pro legitima relinquat. Et rursus; si uxo-

uxorem scribat heredem, atqne matrem ex legitima, præteritis tribus sororibus, cum *secure testari*, si matri trientem quadrantis reliquerit; nam si mortuus esset intestatus, mater quadrantem bonorum ejus habuisset, cujus Legitima triens est, jure novo, in illa specie. Accedit argumentum ex *d. l. 8. §. 8. h. t.* ubi exheredatus filius partem facit Querenti, ut is modo semissem hereditatis habeat petendam, id videlicet, quod ei ab intestato deberetur, licet hæc sententia anceps & confragosa videatur D. Wissenbachio, *ad h. t. th. 11.* Imo in *fine ejusdem §. 8.* pressius idem exemplo inculcatur. Ex uno e duobus filiis exheredatis, unicus est nepos; Quæritur, quantum habere debeat pro legitima, & respondetur, unicus ille nepos, si reliqui non querantur, satis habet in sescuncia, quæ est quarta pars semissis; Cur non trientem, qui est quarta pars Assis? quia duo sunt liberi, & alter exheredatus, etsi non querens, facit partem, adeoque pro mortuo non habetur, ubi quæritur de proportione successionis ab intestato, quæ in computatione Legitimæ servatur. Eadem proportio servatur in tribus nepotibus ex altero filio, *d. §. 8. in fin.* Non ignoramus discrimen, quod alii statuunt, inter filium exheredatum injuste, cui jus querendi competat, & qui juste exheredatus tale jus non habeat: Sed neque textus ille, neque ratio juris, eam distinctionem ferre videtur, nihilo magis quam quod alii volunt, exheredatum facere partem, ut reliquorum augeat, non diminuat, legitimam. Ad *l. 10. §. 4. de bon. poss. c. tab.* respondeatur ex *l. 8. in pr. eod. tit.* Gaudeo sic etiam videri summis viris, Vinnio *l. 1. Qu. c. 21.* & Struvio *Exerc. 10. th. 32.* Cæterum, perplexas hac de re disputationes, quorum gustum præbet ibi Vinnius, non possumus heic prosequi. Quam difficile sit, contra communem Doctorum opinionem, & præjudicia Curiarum, quod veri & meri juris est obtinere, non ignoramus: sed non quæritur, quid in usu trituraque Fori prævaleat, verum quid lex & ratio, præter nubem auctoritatum & præjudiciorum, persvadeat. Add. Zutfen. *prax. Belg. tit. de Legit.*

15. Placet duplicem addere collationem Juris antiqui & moris hodierni. Prima hæc sit; Legitimam non posse nisi titulo institutionis relinqui, *Nov. 115. c. 3. in pr.* cum olim nihil interesset, *§. 3. & ult. h. t.* Certi juris id esse, de moribus autem nihil interesse, ait D. Voetius *ad d. tit. Inst. sub fin. ubi; numquid liberis sit relictum titulo institutionis, an titulo singulari.* auctoresque pragmaticos complures idem testantes, quos inter Sandius noster *lib. 4. decis. tit. 9. def. 9.* recenset, qui tamen aliter habet; diserte enim in illa specie facti filium ex legitima fuisse institutum heredem, atque in *tit. de Legitima*, passim institutionis meminit, nunquam aliter. Tametsi in legitimam imputari possint etiam, quæ titulo singulari consecutus est; hæc enim evidenter differunt, Titulus, quo legitima debet relinqui, & ejusdem computatio, ac adsignatio; sicut etiam Sandius in *d. defin. 9.* legitimam in pecuniis & obligationibus nominum adsignari posse tradit, ex sententia Curiæ. Non est tamen, ut dissentiamus a Grotio *introductionis libro 2. cap. 18. n. 18.* Cum nostra lingva dicimus *relinquere, ordinare* legitimam, id eodem loco habendum, ac si testator diceret, *instituo, heredem* facio, nec alienum fuerit heic applicare, quod Justinianus scribit in *l. 15. C. de Testam. Indignum esse, ob inanem verborum observationem, irritas fieri tabulas & judicia mortuorum, nec esse necessaria monumenta verborum, qua forte seminecis & balbutiens lingva profudit.* Alioqui de necessitate legitimæ præstandæ ex substantia bonorum, nihil moribus est remissum de jure civili; nec proinde periculum est, ne apud nos receptum videatur, quod aliqui volunt, legitimam non tantum minui, sed etiam tolli quibusdam Statutis, ut refert D. Voetius *d. loc.* Ne quidem filios legitimari posse putem, hac lege, *ne ad legitimam consequendam admittantur*, ut idem tradit ex Zoesio; nam si pater solus ita disponat, impingit in leges, quæ legitimatos liberos nusquam a legitima excludunt; & si filius consentiat, est ea renunciatio successionis futuræ, quæ similiter prohibita est, ut alias demonstravimus *ad h. t. Inst. num. 7.*

16. Alterum exemplum ejusdem Cl. Voetii verbis exponam: *De consuetudine*, pergit idem, *filius sua electione suaque voluntate se privat legitima parentum, etiamsi non fuerit ingratus, quando parens hac formula supremum condidit elogium:* Filio meo relinquo usumfructum omnium meorum bonorum; quod si eum nolit, volo, ut sua legitima sit contentus, *ut tamen intra mensem suam declarare teneatur voluntatem, usufructu, an legitima potiri velit.* Suggerit idem parentibus consilium D. Schotanus, *in exam. Jurid. tit. de Inoff. testam.* Est quidem hoc frequens institutum in testamentis hodiernis, maxime,

me, quando parentes liberos universali fideicommisso gravare volunt: Sed in consvetudinem vertisse non puteni; Nescio quoque, an in contradictorio apud nos unquam hac de re disputatum, nedum an decisum sit. Hoc caret omni dubio, si filius elegerit usumfructum, non tam privari eum legitima, quam eam tunc in usufructu esse videri. Quid autem, an is, cui ususfructus omnium bonorum relictus est, in vicem Legitimæ solo nudoque usufructu, sine ulteriori petitione Legitimæ, cogitur esse contentus? Ita sentiunt Schotanus & Voetius, idque jam in consvetudinem vertisse credunt; Sandius vero negat in *lib.* 4. *tit.* 7. *def.* 2. *in fin.* Docet, *filium, cui ususfructus omnium bonorum relictus est; cum expressa prohibitione, ne plus habeat; addito, si parere nolit huic prohibitioni, quod tunc in legitima sola institutus, & a cæteris exclusus esse debeat; hunc, inquam, filium posse nihilominus petere legitimam solidam*, præter reliquum videlicet usumfructum. Rationem hujus sententiæ, quam obiter modo collocat, non addit Sandius, utpote non decisam a Curia; Non potest autem alia esse ratio, quam quod legitima præstanda sit ex ipsa bonorum *substantia*, *l.* 36. *in fin. pr. C. de Inoff. testam.* & quod nullum gravamen, cujuscunque fit, ei possit imponi, *l.*32. *eod. tit.* Denique talem alternativam institutionem videri in fraudem legis esse repertam, ut liberi in omnia bona, ne quidem legitima excepta, gravamen admittere cogantur. Laudat præterea Beuvotium in *quæst. notabil. Lit. I.* verb. *Inst. de her. qu.* 6. Non video tamen, eas rationes efficere, quo minus illud celebre institutum juris auctoritatem habere possit; nam filio in hoc casu sit potestas capiendi legitimam solidam, & sine ullo gravamine, si velit; Quod si malit hanc missam facere, & amplecti majorem parentis liberalitatem, nihil est quod post mortem ejus id prohibeat, quia renunciationes vivis parentibus duntaxat prohiberi, modo intelleximus. Fraudem quoque fieri legibus hac alternatione, non animadverto, cum indubitatum sit, liberos etiam gratissimos cum sola nudaque legitima, at ex ipsis bonis solida, posse dimitti; id autem in hac dispositione filio integrum præstatur, ut, si velit, illibatam legitimam habere possit. Quod si malit alterum amplecti membrum dispositionis, quæ ratio juris, aut honestatis, obstare videbitur? Denique si pater cum effectu filium excludere possit ab omnibus supra legitimam bonis, ut manifesto potest, idque pure & sine copia melioris conditionis; quis iniquum putet, enim juxta legitimam, deferre filio conditionem præstantiorem, cum prohibitione, ne, si omittat legitimam, hoc altero beneficio abutatur? Postremo, supplementum legitimæ, qua actione deberet experiri filius, si nec legitimam solam, nec usumfructum, aut cuncta bona fideicommisso gravata, accipere vellet, nullo modo habet locum, ubi legitima ipsi integra & intacta relinquitur, *l.* 30. *C. de Inoff. testament.* Atqui in hoc casu nihil ipsi de legitima detrahitur; potest eam habere, si velit, integram. Concludimus igitur, non satis esse causæ, ut ab hac communi opinione, & pene recepta consvetudine, sed *pene* dico, recedamus; quin ita juris rationem ferre credimus, ut, qui legitima præcise relicta contentus esse debet, sicut quivis liberi coguntur, non habeat quod conqueratur, si juxta legitimam detur ei optio lautioris conditionis.

17. Sequebantur casus, quibus cessat Querela: quos ordine certo tractavimus ad *d. tit. I. num.* 6. & *seqq.* sed plerosque secundum positiones duntaxat, cum Scholiis Thomasii, atque ad illa responsionibus. Ideo quædam heic addi, operæ pretium videtur. Primus casus est, si is, cui Querela competit, alio jure legitimam suam portionem consequi possit; quos inter numeratur impubes arrogatus, quoniam is exheredatus habet Quartam ex constitutione Divi Pii, *§.* 2. *h. t. l.* 8. *§.* 15. *ff. eod. tit.* quod cum ipsa arrogatione moribus hodiernis sublatum esse, testantur omnes ad *d. §.* 2. vid. Grœnew. & Voet. *ibidem.* Apud nos, credo, Quartæ illius Divi Pii vix unquam auditum fuisse exemplum; sicut ipse Arrogationis usus rarior est: quia tamen non sunt abolitæ adoptiones, nihilo magis dici potest, hanc quartam esse abrogatam; verum si contingat, arrogatum impuberem filium exheredari; quod tamen & de impubere rarissimum & fere ἀδύνατον, non Querela, sed condictione Quartæ ex lege Pii, utendum foret.

18. Alter casus respectu Actoris est, si is renunciaverit Querelæ; quod fit vel vivo testatore, vel post ejus mortem. Vivo eo, vel ante testamentum, vel in ipso actu testandi. Renunciatio, quæ fit vivo testatore, nullius momenti est, *l.* 94. *ff. de Acquir. hered.* quod maxime respectu liberorum paternæ hereditati renunciantium sancitur, in *l.* 35. *§.* 2. *C. de inoff. test.* ubi additur ratio; *meritis magis filios ad paterna obsequia provocandos,*

 quam

quam pactionibus adstringendos: maxime, quia liberi paternæ reverentiæ metu, facile ad ejusmodi pactiones adduci possent. Quæ ratio, cum non ita militet in parentibus, qui filiorum adhuc viventium successioni renunciant, sunt Doctores, qui parentes talibus pactis, superstitibus liberis initis, ab hereditate post mortem eorundem excludi putant, quos inter Covarruv. ad *cap. quamvis. X. de pactis*. Sed verius est, etiam in illis valere generalem juris rationem, quod renunciatio futuræ hereditatis improbetur, utpote cogitationem de morte alterius inverecundam continens, *d. l. 94. & l. 3. C. de collat. l. ult. ff. de suis & legit. hered.*

Videamus de renunciatione in ipso actu testandi facto; de hac pragmatice Doctores magno consensu tradunt, ea hoc hoc modo facta, testamentum valere, neque dici nullum vel rescindi posse, quod pluribus adductis auctoribus, tradit Sandius *lib. 4. tit. 2. defin. 4.* Sed addit, hanc opinionem displicere quibusdam aliis, in filio præterito; propterea, quod testamenti solennitas intrinsecus & forma sit, ut filiusfam. instituatur, vel exheredetur; quod requisitum, ut ad jus publicum spectans, non magis a filio possit remitti; quam ut testamentum faciat coram quinque testibus, ut valeat. Quapropter respectu parentis non putat Sandius esse dubitandum, quin, si filio testamentum facienti seque prætereunti consentiat, nulla deinde Querela possit uti: propterea, quod ad valorem testamenti necessario non requiratur, ut parentes instituantur, vel nominatim exheredentur. Sed cum paulo superius a nobis sit probatum, præteritionem exheredationemve Parentum, sine causa factam, testamentum ex sententia *Justiniani* secundum Doctores accepta, non minus facere nullum, quam liberorum emancipatorum, eaque, *fatente* Sandio *ipso*, sit æque communis Fori observantia, quam de liberis apparet, hanc rationem a Sandio adductam non sufficere, ut diversum ratione parentum, quam respectu liberorum, obtinere, existimemus. Haud facile tamen dissentiendum est a judicio gravissimæ Curiæ, quod in *dicto* loco memoratur, consensione parentis & subscriptione testamenti, in quo præteritus erat, excludi Querelam inofficiosi. Sed non ideo, quod decisio Curiæ convenerit cum sententia Sandii, rationem quoque eandem fuisse necesse est; siquidem scriptores decisionum, quibus interfuerunt, & solent, & quandoque facere debent, ut suis rationibus confirment definitiones Curiarum, quæ non fuerint maximæ partis judicum; quia non raro contingit, ut diversis, nec facile conjungendis judicum rationibus, ad ejusdem decisionis eventum perveniatur; quo casu officium scriptoris est, eas circumdare decisioni rationes, quas putat esse solidissimas. Eo pertinet, quod alicubi Antonius Matthæus definitionem Curiæ Frisicæ laudans, *relatorem ejus Sandium minus idoneis rationibus eam confirmasse* judicat, *in tract. de crimin. ad lib. 74. tit. 4. cap. 1. 15.* Plane, quod ad sententiam juris civilis attinet, existimo, consensum exheredati vel præteriti in ipso testandi actu, non posse hunc effectum habere, ut sustineat testamentum, cum, quia repugnat juris regula, *ne viventis hereditati renuncietur*, quæ non minus habet locum, quando consensus adhibetur tempore condendi testamenti, ac alias; quam inprimis, quia consensio illa in ipso actu testandi læderet unitatem contextus, qui tam religiose in testamentis requiritur; inferret enim duorum consensum, qui cum testamenti solennitate conciliari non potest, ut *ad tit. I. de Testam. ordinandis n. 8.* observatum est. Verum quia mores hodierni, etiam nostrates, non repudiant conventiones ad materiam & executionem ultimæ voluntatis pertinentes, ut docuimus in eodem loco: sequitur, hac in parte, secundum fori usum, non obstare eam rationem, quo minus juxta ipsam testationem præteritus consentire possit. Nec etiam obstat prima ratio; quia non est idem, renunciare successioni futuræ, & approbare præteritionem vel exheredationem dum fit, in actu præsenti, quia hæc per ejusmodi consensum desinit esse vitium testamenti; Quin etsi præteritio filiifamilias sit nullitas, & institutio ejus ad internam testamenti formam pertineat, verissime tamen a Doctoribus *communiter* dictum est, referente Sandio *d. def. ult.* eos, in quorum gratiam nullitas introducta est, ei posse renunciare, nec eam habere effectum, nisi ipso volente atque petente; cui non obstat, quod Vasquius, & alii ab eodem citati, excipiunt, nullitatem præteritionis ad jus publicum spectare, ideoque non magis a filio posse remitti, quam is de numero testium quicquam mutare queat: Aliter docet Papinianus in *l. 17. ff. de Injust. rupt. irr. f. testam.* ubi, præteritionem filiifamilias testamentum penitus nullum reddere, scribit: at tamen, si filius hereditate patris abstinuerit, isque ita remittat jus suum, etsi juris subtilitas refragetur, voluntatem testatoris ex æquo & bono

bono tuendam esse, declarat. An igitur ita statuemus, consensum filiifamilias in ipso testandi actu, præteritioni adimere vitium nullitatis inde alioqui testamento inferendum? Ita quidem vult schola communis Doctorum. Sed videndum, ne non periculosum sit hoc admittere, quia libertas ad ejusmodi consensum, sine dubio plena & illibata requiritur, quam in liberis, paternæ reverentiæ gravitas, obnoxiam & impeditam tenet. Ea vero parentum respectu consideratio cessat; ideoque, licet eorum quoque præteritio, vel exheredatio sine causa, pro nullitate a Doctoribus habeatur, nihil *Curiam* nostram potuit remorari, quo minus ex eorum consensu libero, nullitatis vitium evanescere statueret. Definimus igitur in his positionibus: I. Ex ratione juris rigida, non videtur renunciatio in ipso testandi actu, vitium exheredationis tollere posse. II. Ex sententia Dd. qui conventiones in testamento, pertinentes ad executionem ultimæ voluntatis, non esse prohibitas statuunt, renunciationem valere posse, tam in filio, quam in Patre. III. Sed filiif. renunciationem ideo minus valere, quam Patris, in actu testandi; quia minus libera est, ex sententia Justiniani. Ac ita concludimus, ut positum est in *parte priore n.* 7.

Denique, si *jurata* sit approbatio, Canonici Juris auctoritate receptum est, ut non modo valeat consensus, tam filii quam Patris, nullo casu excepto, in actu testandi, sed etiam renunciatio hereditatis futuræ, *cap.* 2. *de pactis. in* 6. quod a Jure civili alienum est, quo jusjur. nihil potest firmare, quod legibus sit adversum, *l.* 5. *C. de LL.* Sed quia nititur hæc Pontificii juris sententia religione, qua nefas creditur esse non servare quod juratum est, si absque periculo salutis æternæ possit adimpleri; non videtur esse dubium, quin ut communis Doctorum schola id in disciplinam juris recepit, Gail. 2. *obs.* 147. ita apud nos quoque sit valiturum.

Postremo, si is, cui jus Querelæ competebat, post mortem testatoris, agnoverit testamentum vel expresse, vel tacite, accipiendo legatum, similive voluntatis indicio, non est dubium, quin eo casu tam jure civili, quam moribus nostris, Querela amittatur, ut probavimus ad *tit. Inst. de inoff. testam. pos.* 13. & 14.

19. Retulimus etiam inter casus cessantis Querelæ, *si legitima sit relicta*, de qua modo copiose diximus. Respectu Testatoris diximus etiam cessare Querelam, si bona mente filium exheredaverit, qua de re actum ad *d. tit. Inst. n.* 13. ubi textus. Placet addere *illustrando*, casum unum & alterum, de quibus antehac consultus respondi, hominibus notabilibus. Erat filia minoris judicii, nec tamen adeo stulta, quin matrimonio contrahendo sufficiens foret. Pater metuens, ne aliquando ingenti malo suo, propter bona pelliceretur, consulebat; an eam exheredare posset, statuendo ipsi reditus sufficientes. Respondi, nihil proponi, cur Pater id ea causa facere non posset. Aliud. Nurus admodum indigne socrum, ut hæc rebatur, nec satis commode maritum habebat. Socrus metuens, ne filius, se mortua, ipsi indulgeret, nec volens eam ullo modo sua bona participare, consulebat, an filium exheredare, volentem, nepotesque ex illo heredes instituere posset; ne esset in filii potestate, uxorem augere de suis bonis. Respondi, Non posse ex hoc capite, *bonæ mentis*, quia non tam bono filii, quam odio nurus fiebat; Filium posse quidem post matris obitum acquiescere, sed adversus invitum non valituram exheredationem; quæ deinceps facta quidem fuit, sed mortibus acceleratis, filii matrisque res non habuit eventum. Alius casus satis rarus. Mater nepotem instituens, exheredat filiam, ne maritus prodigus ejus bona dissipare posset; erat exheredatio *bonæ mentis;* Sed nepotem onerat fideicommisso, *si sine liberis;* Filia decedit post matrem; nepos deinde sine liberis, aliis heredibus relictis, moritur, qui ejus nomine volunt detrahere legitimam. Quæsitum est, an competeret illis Legitima. Respondi, non competere, quia nepos nunquam fuerat heres matris ab intestato, nec unquam potuisset movere Querelam; quoniam mater filia Testatricis eum præcedebat, & ab intestato excludebat. Atqui legitima non potest deberi illis, qui successionem ab intestato, & jus Querelæ movendæ non habent. *Nov.* 18. *c.* 1. *in fin.* Ita responsum die VII. Maji An. CIↃ IↃ C LXXXVIII.

20. Notum est, & dictum aliquoties in *Parte I. h. t.* maxime *sub finem*, liberos, quibus non integra Legitima titulo institutionis relicta est, habere Conditionem ad supplementum legitimæ, ex *l. Omnimodo.* 30. *C. h. t.* quam non esse *quinquennalem*, sicut de Querela constat, sed perpetuam tenent communiter Interpretes, contra Bartolum, teste Gailio *l.* 3. *obs.* 120. Viglio ad *d.* §. 3. *I. h. t.* Wissenbachio *ad h. tit. Inst. th.* 16. Bartolum tamen sequitur Cujacius in *consultat.* 16. Ego communiorem secutus ad *h. t. I. n.* 13. *in pr.* posui,

sui, conditionem illam annos durare XXX. At scrupulum inesse dixi in *l. 34. in fin. C. h. t.* per quam parum abest, quin Bartoli & Cujacii potior opinio videatur. Verba textus apponam; res enim meretur. Sub *finem*; cum dixisset, eum, cui datur Querela, *testamento remoto, ab intestato vocari*, addit; *Nisi certa quantitas Patri ejus minor parte legitima, relicta est: tunc etenim secundum novellam nostri Numinis Constitutionem, repletio quartæ partis nepoti superest, si qua patri ejus competebat: ut perfruatur nostro beneficio, a Vetustate quidem neglectus, a nostro autem vigore recreatus, nisi Pater adhuc superstes repudiavit Querelam, vel QUINQUENNIUM tacuit, scilicet post additam hereditatem.* Ita plane supplementi illius condictionem, imitamento Querelæ, cui surrogata est, Quinquennio finiri, non tam argumento a natura surrogationis petito, super quo litigant Interpretes, quam evidentissimis Justinianeæ Constitutionis verbis, dicendum videtur.

21. Sed estne causa exheredationis odiosa, an favorabilis, adeoque dubiis in casibus adjuvanda, an restringenda? *Humanius erit*, inquit Marcellus, in *l. 10. ff. de Inoff. testam. sequi ejus partis sententiam, quæ secundum testamentum pronunciavit.* Quæritur illic, *si pars judicantium de inofficioso testamento contra testamentum, pars secundum id sententiam dederit, quod interdum fieri solet*, utrius partis sententiam sequi oporteat, pro testamento, an pro filio exheredato? nec dubitat JCtus respondere, pro testamento; quod *barbarum & inhumanum* appellat Autumnus, ideoque nullo modo servandum, in *censur. Jur. ad d. l. 10.* Atqui juris est tralatitii, ex ipsa naturali æquitate desumpti, ut paribus judicum sententiis reus absolvatur, actorque repellatur, *l. 38. ff. de Re Judic.* At in Querela filius exheredatus semper est actor; ideoque si judices dissentiant, non potest non cadere causa. Barbariem ac inhumanitatem probat Autumnus ex *l. omnimodo. 30. C. de inofficioso testam.* qua sancit Imperator, ait, *subvertendam dispositionem, in qua pater ingratos circa se filios fuisse dixerit, si tamen non ingrati legitimis modis arguantur.* Animose dissentit a Juris auctoribus Autumnus ille, sed probationes sæpe languidiores sunt: & quam frigidum hoc est? vult probare sententiam *d. l. 10.* qua discrepantibus judicum sententiis in hoc, an causa exheredandi sufficiens fuerit, testamento favetur, esse iniquam, & profert textum, qui nihil habet, nisi hoc, (nec enim ipsa verba fideliter excerpsit,) liberos petere posse supplementum legitimæ, *si tamen non ingrati legitimis modis arguantur.* Quæ nihil habent simile ei, quod Autumnus colligere parat. At si maxime ita scriptum esset, ut narrat; quæ hæc est consequentia; *si liberi exheredati non reperiantur ingrati, rescindendum testamentum est*; Ergo, si pars judicum pro exheredato censuerit, non pro illo, sed pro hoc erit concludendum? Imo vero, si maxime abesset illa ratio, quod exheredatus filius in hoc judicio semper est actor, nihilominus sententia JCti facile defenderetur. Nam in dubio sequimur id, quod præsumptione propius ad veritatem accedit; atqui paternus affectus non recipit aliam præsumptionem, quam eum non nisi gravissima de causa fulmine exheredationis filium percussisse; præter quod leges nostræ passim magna cura id agunt, ne suprema hominum judicia temere rescindantur, *l. 6. in fin. C. de Inst. & subst. l. 1. C. de SS. Eccles.* atque in dubio id agendum, potius ut actus valeat, quam pereat, ut habet communis regula. Joh. Voet. Vir Cl. *ad h. Tit. th. 18.* Cæterum, quid mores hodierni ferant, quando Judicum sententiæ pari numero discrepant, *ad alium inferiorem* locum pertinet.

22. Postremo quæritur, an Querela per clausulam codicillarem excludatur, quod negat D. P. Voetius ad *hunc tit. §. 6. n. 1. in fin. quia nimis facile*, inquit, *liberi excluderentur*; quod potest dici verum esse ex vera juris sententia, nec tamen esse verum. Existimo, clausulam codicillarem, pro sententia in Foro de clausula Codicillari recepta, eodem modo operari adversus Inofficiosum testamentum, quo pridem intelleximus eam afficere testamentum, in quo filius a matre aviave præteritus est; Testamentum scilicet ibi nullum est, heic per Querelam expugnatur; sed clausula facit, ut heres ab intestato rogatus videatur, hereditatem quasi ex fideicommisso, retenta sibi legitima & Trebellianica, restituere, quam esse methodum salutarem clausulæ codicillaris, ex communi Doctorum sententia, testantur Sandius, & quos ille citat in *lib. 4. tit. 2. def. 2. in fine.* Nam alioquin ex antiqui Juris doctrina certum est, clausulam Codicillarem non efficere plus, quam ut suppleat defectum solennitatum, non ut alias imperfectiones, quæ Testamentum solenniter conditum evertunt, emendet, nec quod ideo

ideo injustam exheredationem faciet justam, ac ita Querelam excludat, satis demonstratum est *ad tit. Inst. de Jur. Codicill. n. 4. & seq.* iterumque *suo loco* videbimus.

Tit. III.

De Hæreditatis Petitione.

I. Definitio Hereditat. Petitionis, per partes & verbotenus exposita. II. Jus hereditarium, ex quo datur hæc actio, esse uniforme, nihil habens obligationis, remotis objectionibus, demonstratur. Explicatur l. 42. h. t. *& probatur, inde male colligi adversus eum, qui negat, actorem esse heredem, non dari petitionem hereditatis. III. Divisio hujus Actionis, & an detur adversus emptorem hereditatis. IV. Explicatio* l. 2. C. h. t. *ubi, an vox* etiam *retinenda, vel secus. V. Reum non cogi alium edere titulum, quam generalem pro herede, vel pro Possessore, neque possessorem recte agere adversus non possidentes seque dicentes heredes. VI. Eum, qui dolo possidere desiit, etsi res ipsas restitui impossibile sit, tamen ad restituendum condemnari. VII. Si is, qui possidere desiit, pretium rei solverit, possessorem nihilominus teneri ad rem ipsam restituendam. VIII. Quid si culpa, sine dolo, desitum sit possideri? IX. Quatenus qui se liti obtulerunt, teneantur. X. An & quatenus res, pendente lite, possint alienari. XI. Varietas rerum mirifica, quæ veniunt in hereditatis petitionem. XII. Etiam accessiones & præstationes personales venire in hoc judicium, cum exceptione tamen. XIII. Fructus a malæ fidei possessore nullos acquiri; Secus ab eo, qui errat in Jure, quamvis ille nihil usucapiat. Prædones heic a m. fid. possessore non videri distinctos. XIV. Fructus & lucrum inde redactum, esse partem ipsius hereditatis, ipsaque hereditatis petitione comprehendi; non æque in Rei Vindicatione. XV. Tempus, quo spectatur, an possessor sit locupletior, & conciliatio* l. 36. §. pen. *cum* l. 25. §. 7. h. t. *XVI. Conciliatio* d. l. 25. §. 7. *cum* l. 25. §. ult. de Usur. *XVII. De impensis, quotuplices illæ sint. XVIII. Quales impensæ serventur a b. f. possessoribus. XIX. Differentiæ hac parte, inter hoc judicium & Rei vindicationem.*

SEquitur Hereditatis petitio, quæ cum in *Parte I.* non occurrat, heic ordine justo tractanda venit. Est autem *Actio in rem universalis, qua heres e testamento, vel ab intestato, petit, se heredem declarari, & hereditatem vel ejus partem ab eo, qui pro herede, vel pro possessore possidet, sibi restitui.* Videamus singula definitionis verba. *Actionem in rem*, mixtam esse, habetur in *l. 7. C. h. t.* at quo sensu, explicavimus in *Parte I. lib. 4. tit. 6. n. 22.* ubi & eduximus sententiam *l. 25. §. pen. ult. h. t.* Plenius, hereditatis petitionem non nasci pro parte ex obligatione probavimus in *l. 4. Digression. c. 6. n. 3. 4. & 5.* item *in animadversion. ad jus in Re & ad Rem*, quæ sunt insertæ *Digress. l. 4. C. 10. edit. noviss.* Paulo inferius aliquid ea de re addendum erit.

Est *in rem universalis*; familiæ ercifcundæ actio competit etiam de hereditate, sed non est generale judicium, quia datur de multis potius, quam de cunctis juribus in universum, *l. 4. Famil. ercisc.* dix. *Part. I. lib. 3. tit. 28. n. 6.* & dicetur inferius suo loco.

QUA HERES; sub quo & bonorum possessorem intellige, cum in effectu nihil differant, *l. 20. §. 13. h. l. 119. & l. 138. de V. S.* Oportet autem vere heredem esse, cui datur hæc actio, licet reus id neget; hoc enim, cum judicium sit contradictorium, plerumque fit, ut reus neget actoris intentionem. Quod autem in *l. 42. h. t.* scriptum profertur, non dari petitionem hereditatis adversus eum, *qui negat actorem esse heredem*, plane alio sensu, ut videbimus *infra*, capiendum est.

E testamento, vel ab intestato. Si quis tamen e testamento prius egerit, idque vitiosum sit repertum, dein ab intestato petere non prohibetur, *l. 8. h.*

Petit hereditatem. Hereditas bifariam sumitur, ut exposuimus ad *tit. I. de reb. corp. & incorp. Part. I. lib. 2. tit. 2. n. 2.* Hic utraque significatio concurrit: Nam & jus sive successio, & res hereditariæ petuntur, *l. 50. h. l. 24. de V. S.* utrumque verbis definitionis exprimitur; *petit se heredem declarari*, est jus hereditarium; *& hereditatem sibi restitui*, sunt universæ res hereditariæ. Senecam plerique carpunt, quod hoc hereditatis a rebus hereditariis discrimen, inter argutas Jurisconsultorum ineptias retulerit, *6. de benef. 5.* ingeriturque Philosopho illud vetus Euripidæum,

Τέκτων γὰρ ὢν ἔπρατ]ες ὐ ξυλλεγικά.

Cum sis faber, alia tractas quam fabrilia. Sed defendit Senecam Lyclama *3. membran. 19.* Dix. *lib. 4. Digress. c. 28. in fin. parte I.*

Ab eo, qui pro herede, vel pro poss. l. 9. & seqq. h. t. Alterutrum titulum possessor edere debet, *l. 11. C. h. t.* Quis pro possessore, quis pro herede possidere dicatur, habuimus obiter ad *tit. Inst. de Interd. n. 10.* sed remissive ad hunc locum. Pro herede possidere, scribit Justinianus in *§. 4. de Interd.* eum, qui putat se heredem esse; Pro possessore, *qui nullo jure tenet hereditatem, sciens, eam ad se non pertinere.* Sed probata est Arriani sententia, existimantis, & eum, qui scit se heredem non esse, *pro herede* possidere, si contendat se heredem esse, vel per mendacium, *l. 11. & 12. ff. h. t.* verum pro possessore teneri prædonem, qui interrogatus cur possideat, nihil habeat respondere, nisi hoc, *quia possideo*, ut Ulpianus in *d. l. 12.* quando reus nihil circuitone utitur, nullumque habet titulum, quem præferre possit, ideoque impudentiam induens, petit principium, *ἀπόκρισιν ποιεῖ τὴν πεῦσιν, ut Seboliastes* Βασιλικῶν, *interrogationem facit suum responsum*, ὅτι ἔχω, ut Philippus Alexandri Pater, de Halonesο: Habeo, *quia habeo.*

2. Ex his liquet, fundamentum hujus actionis, a parte actoris esse Jus hereditarium, quod complectitur omnia, quæ in dominio, in bonis, vel ex bonis defuncti fuerunt, *l. 24. de R. J. l. 13. §. f. & LL. seqq. & l. 19. h. t.* a parte Rei, possessionem tam rerum corporalium, quam possessionem juris alicujus hereditarii, quod tamen circa res corporales consistat, *d. l. 13. §. ult.* quæ duo requisita sunt actionis in Rem. Atque imprimis hoc tenendum, Jus hereditarium considerari, ut unum, ex omni genere rerum juriumque conflatum, ut optimo sensu *mixtum* appelletur: sed jus illud, quo universæ res ad heredem pertinent, ita est unum, ut singulas res æquabiliter adficiat; ut adeo, etsi partis vel certæ rei petitio adversus eum, qui pro herede, vel pro possessore possidet, instituenda sit, universalis tamen sit actio, semper eadem & uniformis in Rem, *l. 1. §. 1. D. Si pars hered. pet.* Juris ad Rem, quod dicitur, sive obligationis, nulla species concurrit in Hereditatis petitione: multitudo illa promiscua rerum & jurium, e quibus Hereditas conflata est, oculis hominum præstringit, ut mixturam, quæ in rebus est, ipsi actioni, quæ pure in Rem est, inesse putent. Demonstratum id est alias in locis prædictis: Removendæ sunt heic obiter quædam objectiones. Ajunt 1. subesse quasi contractum negotiorum gestionis, ob ea, quæ falsus heres administravit: Sed ut textus, ita ratio deficit; quia negotiorum gestor non est, qui animum non alii, verum sibi gerendi habet, ut in putativo herede manifestum est. 2. Opp. Tenetur ad æs alienum a debitoribus exactum; Atqui hoc est pars hereditatis, & objectum actionis in rem, *l. 20. §. 3. h.* Opp. 3. Est bonæ fidei, quæ est qualitas personalium actionum, *§. 28. I. de Action.* Resp. Factum hoc vi legis specialis, *d. §. 28. in fin.* propter varietatem rerum, quæ laxitatem bonæ fidei judiciorum exæquet, non ob mixturam obligationis, quæ nulla est. Dix. *Part. 1. lib. 4. tit. 6. n. 22.* Opp. 4. Præscribitur huic actioni XXX. annis, *l. 7. C. h. t.* quod fit in personalibus: in rem actiones longo tempore finiuntur. Resp. Hypothecaria finitur etiam 30. annis, respectu malæ fidei possessoris, quæ tamen est in rem, *l. 7. C. de Præscr. 30. annor.* Plus coloris est in eo, quod etiam debitores hereditarii hac actione conveniuntur: Debitores autem ex obligatione intelliguntur, tam ex contractu quam delicto, qui promiscue hereditatis petitione tenentur, *l. 14. h. t.* Sed hoc argumentum in supra *laudatis locis* perspicue refutatum, atque demonstratum est; debitorem, ex obligatione nullo modo conveniri hereditatis petitione, sed ut possidentem jus & rem, quæ pars hereditatis est, ut diserte in objectis legibus expressum legitur; idque nec aliter, quam si pro herede vel pro possessore possideat, ut docet *l. 24. h. t.* Propter eos, qui inde colligunt, hereditatis petitionem non dari adversus eos, qui negant Actorem esse heredem, hujus legis verba consideremus oportet. *Si debitor hereditarius non ideo nolit solvere, quod se dicat heredem;* hoc casu tenetur hereditatis Petitione, non ut obligatus, inquam, sed, ut possessor quilibet alius; *sed ideo,* pergit Ulpianus, *quod neget, aut dubitet, an hereditas pertineat ad eum, qui petit hereditatem, non tenetur heredit. Petitione.* Quid hoc? An is, qui negat aut dubitat, utrum hereditas pertineat ad petitorem, vel non, hac actione non tenetur? Ergone solus, qui concedit, quod Actor petit, obnoxius est huic judicio? Id naturæ negotii adversum est. Tu ita hoc cape sis; Qui non negat, se esse debitorem hereditarium, nec se pro herede vel possessore possidere contendit, sed ita ait: Fateor, me debere centum hereditati, nec heres sum; Cupio solvere, sed dubito, vel scio,

ſcio, te non eſſe heredem, ideoque male ſolverem: hic non tenetur heredit. Petitione, cum termini habiles hujus actionis deficiant, ſed, ut debitor, actione ſingulari conveniendus eſt: Cæterum, ſi diceret, ſe pro herede poſſidere, negaretque enixe, poſſeſſorem eſſe heredem, is maxime petitioni obnoxius eſſet.

3. Hæc ad definitionem. Diviſionem conficiunt tres Rubricæ, hujus & duorum ſequentium titulorum inſcriptiones, qui ſignificant, Hereditatis petitionem eſſe primo vel Civilem, vel Poſſeſſoriam ſive Prætoriam; deinde vel directam vel Fideicommiſſoriam; de quarum ſpecierum differentia videbimus *ad ſeqq. tit.* Sed Hereditatis petitio eſt adhuc alio ſenſu *directa*, vel *utilis*. *Directa*, quæ ſuperius definita eſt; *Utilis*, qua tenetur Emptor Hereditatis, *l. 13. §. 4. & ſeqq. h. t.* ubi Ulpianus docet, hereditate a poſſeſſore vendita, ſine dubio venditorem directa heredit. petitione teneri, quia adhuc heres eſt, omnibusque tenetur actionibus hereditariis, ſicut ad *tit. de Heredit. vend.* videbimus, ibique *in poſit. 5. & ſeqq.* demonſtratum eſt. Emptor, cum pro emptore, non pro herede, vel poſſeſſore, titulum habeat, non poteſt teneri hac petitione univerſali; ſed *utilitatis* cauſa receptum eſt, ut adverſus malæ fidei emptorem, detur hæc utilis actio; imo etiam adverſus emptorem bonæ fidei in certis caſibus, ob æquitatem ſingularem, ſi res aliter petitori ſalva eſſe nequeat, *l. 13. §. 4. &c.* Cum hac ſententia committitur Reſcriptum Severi & Caracallæ filii, in *l. 2. C. h. t.* ubi ſic in *fine* habetur: *Emptor hereditatis ſingularum rerum jure convenitur*, id eſt ſpeciali in rem actione. Conciliationem Donelli *19. Comm. 12.* quam ſequitur Bronchorſtius *1. miſcell. 37.* refellit D. Wiſſenbach. *ad h. t. th. 17.* ſed ipſe aliam non ſuppeditat. Meminit in fin. theſeos, emendationis Hotomanni, qui *d. l. 2.* addat voculam ETIAM. Atqui hæc particula non modo in Gothofredi, ſed & in Ræwardi, Charondæ, & gloſſati corporis editionibus extat, ſine ulla varietate lectionis. Ab hac voce reſpondendi medium videtur alioqui facillimum, idque ſecuti ſumus *in poſit. 8. h. t.* Verum ſi vox *etiam* ſit a manu emendatrice, per me quidem abſit; imo dubitem, an locus ei manere poſſit, ſi recte ſpeciem facti intelligo: quam ſi bene percipio, neſciam, an *nodus* ille *difficilis*, quem adhuc neminem ſolviſſe feliciter, obſervat D. Wiſſenbachius, eadem difficultate moleſtus ſit futurus.

4. Lex agit de fructibus hereditatis, emptæ per Muſæum a poſſeſſore; ſi emptor ſit malæ fidei, tenetur de fructibus indiſtincte; ſi bonam fidem habeat, tenetur a lite conteſtata; ratione addita; *Fructibus enim augetur hereditas, cum ab eo poſſidetur, a quo peti poteſt*, ut hic ab emptore Muſæo; qui proinde petitione hereditatis tenetur, ut & Impp. extra dubium ſupponunt. Addunt; *Emptor autem, qui proprio titulo poſſeſſionis munitus eſt, etiam ſingularum rerum jure convenitur*. In prioribus actum eſt, niſi omnia me fallunt, de emptore dimidiæ partis hereditatis, Muſæo, qui ſic eſt univerſalis emptor; nam pars aſſis habet univerſi naturam, ut conſtat. Subjungitur; *Emptor autem, qui proprio titulo munitus eſt*. Particula *autem* eſt adverſativa, requirit conſecutionem prioribus oppoſitam. Priora ſunt de emptore univerſali partis hereditatis; Ergo ſequentia ſunt de emptore rerum hereditariarum ſingularum, quem ſingularum rerum jure teneri, certum & notum eſt, ideoque ad ſuperius quæſitum de emptore hereditatis non pertinet, verum inde alienus eſt emptor. Titulo igitur *proprio*, id eſt titulo peculiari, ſingulari, non generali, ſed rei, quam emit, *Proprio:* ſic *propriæ* actiones in *l. 36. ff. ad L. Aquil.* Lex Civitatis *propria*, id eſt ſpecialis, ſingularis, *l. 21. §. ult. ad Municip.* Forma *propria* agri, *l. 7. §. 1. in fin. de A. R. D.* Eodem *titulo l. 26. §. 1.* *Propria* qualitas, ſingularis, peculiaris. Denique, *proprium* nomen hominis, *propria* appellatio fundi, *l. 75. de V. S.* Tot alia, ut ſupervacuam eſſe probationem conſtet. Sed quid tum fiet, de particula ETIAM *in d. l. 2?* Eliminanda, ſi per criſin recepta eſt; nam ſi ultima verba ſenſum habent diverſum a prioribus, τὸ etiam παρέλκεται; Si enim de emptore ſingularum rerum agatur, non poteſt συγχωρητικῶς dici, *etiam* rei vindicatione, *duntaxat* dicendum erat; utique ſi τὸ *etiam* cum primis cohæreat. Ergo ſi non eſt in vetuſtis editionibus ETIAM, exeſto, & contrahantur emendationes, quod non eſt mali ominis. Si eſt antiqua αὐθεντικῶς, commode poteſt accipi hoc modo; Emptor rei propriæ ſingularis, *etiam ſingularum rerum jure convenitur*, ut τὸ *etiam* non ad primam litis partem, ſed ad proxime præcedentem referatur. Adde Vinn. 1. *Qu. c. 21.* & inprimis Struv. ad *h. t. th. 50.*

5. Neceſſum eſt igitur ad Hereditatis petitionem formandam, ut Poſſeſſor dicat, utrum pro herede, an pro Poſſeſſore poſſideat. Verum qui ſic reſpondet, *ego poſſideo*, & cur Tu? *Quia poſ-*

 ſideo.

fideo. non poteſt ulterius urgeri, ut edat titulum ſpecialem; ſed Actor habet probandum, quo ipſe jure ſit heres, *l. 11. C. h. t.* Non poteſt igitur eſſe Hereditatis petitio, ubi Reus non poſſidet res ullas hereditarias; quanquam ſunt, qui ſe potiori jure dicant heredes. Exemplum; Maritus heres ſcriptus ab uxore, ſciebat, cognatos uxoris contendere, teſtamentum eſſe nullum, propter aliud teſtamentum antiquum, ſed clauſula derogatoria munitum. Ipſe poſſidebat res hereditarias omnes; & tamen vocabat cognatos in jus, petens ſe heredem declarari, & ipſos condemnari, ut ſibi poſſeſſionem ſecuram quietamque præſtarent. Non rite fuiſſe actum, apparebat; nec enim poſſeſſor in rem poteſt agere, præterquam in negatoria ſervitutis, *§. 2. I. de Action.* Debuiſſet expectare, dum cognati ipſum convenirent petitione hereditatis, ac interim gaudere commodo poſſeſſionis, ut eſt juris; vel potuiſſet illos compellare ex lege *diffamari.* ut actionem ſuam inſtituerent, aut perpetuum ſilerent; quod in uſum fori venit, quaſi ex *l. 5. C. de ingen. manum.* Cognati Rei, licet exceptionem inepti libelli haberent, uti maluerunt Reconventione, qua ipſi contendebant, heredes e priore teſtamento declarari, & hereditatem ſibi a marito, qui pro herede poſſidebat, reſtitui: quæ tunc erat ipſa vereque dicta hereditatis petitio, quam & obtinuerunt; eſtque ſimul id exemplum Hereditatis petitionis per Reconventionem factæ. Ita obſervatum in Curia ſuprema, in cauſa *Remeri Antonii, contra Johannem a Balk M.D. cum ſociis, ante ferias natalitias 1680.*

6. In Senatus-Conſulto ad Orationem Trajani condito, quod eſt in *l. 20. §. 6. h. t.* cautum eſt, *ut qui bona invaſiſſent, cum ſcirent ad ſe non pertinere, etiamſi ante litem conteſtatam fecerint, quo minus poſſiderent, perinde condemnandos, quaſi poſſiderent.* Ex quo factum eſt, ut malæ fidei poſſeſſores, qui dolo poſſidere deſierunt, teneantur directa hereditatis petitione; quamquam in rei vindicatione, qui dolo poſſidere deſiit, utiliter teneatur, ut ad *libr. ſequ.* videbimus: Actiones enim, quæ ex ipſis legum verbis proficiſcuntur, has eſſe directas, & quæ per conſequentiam ex iis deducuntur, has utiles eſſe, pridem conſtat. Verum, quid ſi res hereditariæ jam ſint diſtractæ, nec amplius extent, idque ſatis liqueat, an tunc etiam conveniri poteſt, qui dolo poſſidere deſiit, ut hereditatem, id eſt res hereditarias, reſtituat, ac an ita poteſt condemnari? Poſſe oportet, ſi perinde condemnandus ſit ac ſi adhuc poſſideret, ut ait SCtum: imo qui dolo poſſidere deſiit, tenetur ad *exhibendum*, etſi rem *ita corruperit, ne haberi poſſit*, etſi *vinum vel oleum effuderit, aut vas confregerit, vel fruges conſumptæ ſint.* qui dolo fecit, quo res minus extent, tenetur ad *exhibendum. l. 9. in pr. & §. 1. D. Ad Exhibend.* Idem in Hereditate juris eſt; Qui res hereditarias dolo malo poſſidere deſiit, etſi res non ſint amplius in rerum natura, nihilominus recte convenitur, & condemnatur ad ipſas res hereditarias reſtituendas, *d. l. 20. §. 6. & l. 25. §. 12. h. & l. 150. de R. J.* quamvis hoc eſſe videatur *τῶν ἀδυνάτων ἐρᾶν, affectare impoſſibilia.* Placet addere exemplum. Femina nobilis exceſſerat heic e vivis, herede ſorore, degente in Arteſia. Agnata defunctæ, gnara, ſe non eſſe heredem, invaſerat hereditatem. Eadem petito Commiſſario Curiæ, bona curavit deſcribi, impenſas fecit maximas, ipſa bona, præ manibus quæ erant, diſtraxit auctione publica. Supervenit Heres, convenit agnatam, petens, ſe heredem declarari, illamque condemnari ad hereditatem in priſtinum ſtatum ſibique reſtituendam, ſine mentione ejus quod intereſt: Id ita, ut petebatur, erat impoſſibile, nec deerant, qui inepte actum exiſtimarent; Rea tamen condemnata eſt, ſecundum concluſionem, quæ recta & juridica exiſtimata eſt, ante ferias O. S. 1679. in cauſa *Annæ Agnetis B. de Swartſönberg, viduæ de Hauteville, contra A. R. viduæ de S.* Judices; Juriſprudentia eſt civilis doctrina, non eſt civile *impoſſibilia imperare.* Nempe res loquitur, factum quod fieri non poteſt, reſolvi in præſtationem ejus quod intereſt, qua de re diximus in *Parte I. lib. 3. tit. 16. n. 5. & ſeqq.* vel potius ad æſtimationem petitoris, jurejurando in litem, quod in caſu doli præſtatur, de quo *in lib. 12.* videbimus.

7. Tenetur igitur & poſſeſſor, & qui dolo malo poſſidere deſiit, adeoque *ſi per multos ambulaverit poſſeſſio, omnes* tenebuntur, *l. 25. §. 8. in fin. h. t.* Sed uno convento, an reliqui liberantur? Certe, ſi præſens poſſeſſor conventus res ipſas reſtituerit, nihil adverſus alterum ſupereſt petendum. Si vero dominus ab illo rem non ſit adeptus, nec id dubium, quin alter ſit obnoxius judicio. Denique, ſi prius convenerit eum, qui dolo poſſidere deſiit, ab eoque pretium cum eo, quod intereſt ſua, non ſit adeptus, nec ita eſt dubium, quin præſens poſſeſſor adhuc teneatur. Sed ſi vetus doli mali poſſeſſor cum effectu conven

ventus, solverit rei pretium cum eo quod interest, an tunc etiam præsens possessor adhuc conveniri potest? Ulpianus in *d. l. 13. §. pen. in fine h. t.* tantum ait, veteri possessore prius convento, non liberari præsentem; de casu quo solvit, expresse non loquitur, & videtur bonæ fidei contrarium, idem bis peti ex eadem causa, *l. 57. de R. J.* Sed Papinianus in *l. 95. §. 3. de Solution.* eundem casum tractans clare docet, si quidem is, qui dolo possidere desiit, *antea præstiterit, eam rem nihil prodesse possessori.* Ratio est ea, quod cum uterque teneatur, si dominus rem sit nactus, idem pretium quoque habeat, quod ideo rursus petere non potest, ut est in *l. 88. de V. S.* Si tamen prudenter consulant vetus & præsens possessor, illo convento, hic se adjungere, vel offerre potest liti, ut communi periculo una petitionis instantia defungantur, quod facere possunt, *l. 19. §. 13. & seqq. h. t.* Plura in hanc rem habet Cujacius *22. obs. 29.* Donell. *19. Comment. c. 12.* Proinde si vetus possessor conventus litem solus exceperit, petitor hereditatis ex ipsius dolo causam lucri habebit: quanquam aliter se res habet in Actione quod metus causa. Nam illic, si alius metum fecerit, alius rem possideat, eo qui possidere desiit, ad solvendum quadruplum adacto, possessor liberatur, *l. 16. in pr.* juncta *l. 14. §. ult. D. Quod met. caus.* Cur tam varie? Actio quod metus causa, non est in rem, sed in personam, ab initio in simplum, ex contumacia in quadruplum ejus, quod interest ratione metus illati, quo semel præstito, cessat fundamentum ejus actionis: non æque forte cessabit in rei vindicatione, qua dominus, cui res extorta, adhuc contra possessorem uti posse videtur, *arg. dd. ll.* Aliud, quam supra dictum est, docet Cujacius juris esse, quando Actori electio agendi adversus hunc aut illum datur; Tunc enim electo uno, scitum est, alterum liberari, *d. cap. 29.* Verum in hac specie non datur alternativa petitio, sed utrique teneri dicuntur, ut demonstratum est.

8. Si quis sine dolo, sed culpa possidere desierit, eum quoque teneri, Paulus ait in *l. 19. §. pen. de R. V.* ad æstimationem scilicet, salvo cessionis beneficio, *l. 67. de R. V.* quod intelligendum, si post litem contestatam evenerit, aut post condemnationem, *l. 68.* juncta *l. 27. §. 1. & seqq. eod. tit.* nec enim ante litem contestatam, bonæ fidei possessori culpæ nomine, dum re sua se credit abuti, quicquam imputari potest, *l. 25. §. 11. h.* qua de re *ad tit. de R. V.* rursus agendum erit.

9. Diximus, etiam eos, qui se liti obtulerunt, Hereditatis petitione teneri, idque verum est, etsi non possideant, *d. l. 13. §. 13. h. t.* sed hoc limitatur, *nisi evidentissimis probationibus possit ostendere, actorem ab initio litis scire, eum non possidere, quippe isto modo non est deceptus.* Magisque est, ut tunc nihil egisse videantur Actor & Reus, quando litem contestati sunt, scientes, rem exitum habere non posse. Quid autem, si, cum verum possessorem ego convenire vellem, alius se liti obtulerit & possidere dixerit, an non condemnabitur, eo quod sciverim, illum non possidere? Imo *condemnabitur omnimodo*, utpote qui intervenerit pro altero eumque defendendum susceperit, *l. 27.* juncta *l. 15.* cum *l. sequ. de Rei vind.* quæ ad usum hujus rei forensem recte intelligendum pertinet observatio.

10. Heredem, lite pendente, nihil alienare, vel res hereditarias minuere posse, imo nec *antequam lis inchoetur, si modo controversia erit*, Divum Pium rescripsisse, refert Ulpianus in *l. 5. h.* Controversia vero sine contestatione litis, inchoatur in jus vocatione, libelli datione, prius adhuc denunciatione, quin & comminatione litis movendæ, aut protestatione, *l. 7. de Inoff. testam.* Cautione tamen interposita, permitti potest alienatio, vel diminutio, aut causa cognita, propter necessitatem, vel evidentem utilitatem: Aut etiam sine causæ cognitione, si possessor pro *omni quantitate hereditatis satisdet, d. l. 5.*

11. Hactenus de personis. Sequitur de rebus, quas hic universæ hereditatis respectu considerabimus: de parte, vel de rebus singulis *ad sequ. tit.* visuri. Diximus, hereditatem hic primo quidem jus hereditarium, quod sine ullo corpore *juris* intellectum habet, significare, *l. 50. pr. h.* dein res universas a defuncto relictas, cujusmodicunque futuræ sint, non modo corpora hereditaria, *l. 19. in pr. h. t.* sed etiam jura & actiones, ut *antea* dictum, quatenus faciunt partem universitatis; non respectu obligationis, nec cum iis qualitatibus, quæ ex post facto e natura obligationis oriuntur, ut est duplum in L. Aquilia, *l. 20. §. 4.* Servitutes etiam prædiorum excipiuntur, quia non habent facultatem, ut earum nomine quicquam restituatur, *l. 19. §. ult.* personales servitutes, quia morte sunt extinctæ, non venire in petitionem, eadem illarum natura satis indicat. Imo res defuncto pignori datæ, & quod amplius est, commodatæ, depositæve, in hoc judicium veniunt: de pignoratis non est mirum, quia datur in rem

Hh 3 actio

actio de illis, adversus quemlibet possessorem; sed de reliquis non datur actio, nec augent patrimonium; attamen quia periculum earum ad heredem pertinet, interest ejus, res habere, quo repetenti domino eas restituere possit, ad quod defunctus tenebatur, *d. l. 19. in pr.* Hereditatis igitur petitio est aliquid retis instar, quod ejectum non modo pisces omnis generis, sed etiam minutias & quisquilias attrahit, rete tamen est uniforme totum; Hereditatis petitio, (liceat uti jocularia comparatione,) quaslibet res omnisque generis præstationes comprehendit, ipsa tamen actio in rem est & manet uniformis; quod ad priorem quæstionem, *an sit actio mixta*, referendum.

12. Porro non modo res hereditariæ, ut a defuncto relictæ sunt, petuntur, sed etiam accessiones & quælibet augmenta, quæ deinde hereditati accesserunt, *l. 20. §. 3.* modo ex ipsa hereditate, non quæ extrinsecus personæ possessoris accedunt, *d. §. 3.* Nam etsi præstationes personales non minus in petitionem, quam res ipsæ hereditariæ veniant, debent illæ tamen præstationes ex ipsis rebus proficisci, ut sunt pretia rerum ex hereditate distractarum, & pecuniæ a debitoribus hereditariis exactæ, *l. 25. §. 18. h.* Nam si possessor emerit servum hereditariis pecuniis sua causa, vel si ex pecuniis hereditariis emerit alias res non necessarias, hæ non veniunt in petitionem, sed ipsa pretia tum restituenda sunt: quemadmodum &, si pretia in locum rerum succedant, si tamen venditio non necessaria fuerit, ipsæ res sunt restituendæ, *d. l. 20. §. 1. 2. 3. 10.*

13. Inter accessiones inprimis reputantur Fructus, de quibus, & eorum differentiis, *alias* actum. Heic loci summa distinctio est inter bonæ & malæ fidei possessorem, & de hoc quidem primo videndum. Qui malam fidem habent, tenentur ad omnes fructus restituendos, non modo quos perceperunt, sed etiam quos percipere debuerunt, & neglexerunt, *l. 25. §. 4. h. t.* non tamen in *usuras* pecuniæ, quam non attigerunt, *l. 2. §. 14.* Est autem malæ fidei possessor, qui *scivit, hereditatem ad se non pertinere*, ut est in relatione Trajani, sive denuntiatum ei sit, vel sciens, *l. 20. §. 6.* habeturque etiam pro mala fide scientia superveniens, etsi ab initio bona fides adfuerit, *l. 25. §. 5.* sed error juris ab hac nota immunis est, *d. l. 25. §. 6.* quod utrumque differentiam ab usucapione constituit, ut *in loco* vidimus ad *tit. Inst. de Usucap. n. 6.*

SCHOLIUM.

Imo nihil est secus. Et ad l. 31. pr. de Usuc. *jam respondi supra* ad Instit. de Usucap. posit. 9. *Quod vero* l. 32. §. 1. de Usuc. *attinet, distinguo: vel is, qui in jure errat, putat subesse titulum justum, cum tamen sit injustus, & hic pro bonæ fidei possessore habetur, tam in hereditatis petitione*, d. l. 25. §. 6. *quam in usucapione*, arg. §. 2. Inst. de usucap. *vel putat, subesse titulum injustum, cum subsit justus, & hic sane nullum esse potest dubium, quin possideat mala fide*, d. l. 32. §. 1. *quod nec in hereditatis petitione aliter obtinebit*, arg. d. 25. §. 6.

RESPONSIO.

Nobis sufficit, eum, qui errat innocenter in jure, fructus posse lucrari, usucapere non posse, quod discrimen est extra controversiam, d. l. 31. in pr. & l. 32. §. 1. *de qualitate malæ fidei non valde contendam, magisque prohiberi usucapionem ob defectum tituli, quam ob malam Fidem, pati possum.*

N. ADDIT.

Initio Scholium istud prius, non debebat ab Autore in Prælect. ad Instituta supprimi. Sententiam ejus dedimus supra ad Instit. ad tit. de usucap. §. 5. prælect. *Deinde scholium præsens in positionibus non erat adjectum talibus verbis, qualibus subjicit hic Autor, per quæ sensus scholii mei turbatur, & ita ab Autore effugium aliquod in responsione quæritur. Verba, quibus tum in posit. 13. scholium illud adjeceram, ita se habebant.* Bonam fidem habere videtur & is, qui in jure erravit, *l. 25. §. 6. hic.* quod secus est in usucapione, *l. 31. l. 32. §. 1. de usuc. Si igitur verba sic ponantur, patet, Autorem in responsione plane mutasse statum controversiæ, adeoque istud:* nobis sufficit &c. *hoc pacto omnem gratiam amittere.*

Cæterum, quia per litis contestationem possessor fit certior, hereditatem ad se non pertinere, si causa perversa deprehendatur, ab eo tempore motæ controversiæ, id est a traditione libelli, mala fides inchoatur, *§. 7. d. l. 25.* quæ non pugnare videbimus. Hæc de prædone, sive de malæ fidei possessore, qui in hac actione promiscue accipiuntur, *d. l. 20. §. 6. & d. l. 25. §. 3.* quanquam alias prædo a malæ fidei possessore discrepat, quod ille titulo caret, *l. 11. & 12. h. t.* hic sæpe titulo instructus est, sicut eum, qui sciens emit rem alienam, malæ fidei possessorem esse, nec tamen appellari prædonem, ex usucapionis doctrina constat. Verum titulus heredis, qui hic unicus est, (nam pro possessore titulus, est *non titulus*, renegatio tituli, *d. l. 12.*) venire debet e testamento,

vel ab intestato: & quando quis neutro jure se intelligit esse heredem, necessario nullum habet titulum, atque ita non potest heic esse malæ fidei possessor, quin idem recte Prædo appelletur.

14. De bonæ fidei possessoribus censuit Senatus, eos esse condemnandos *usque eo duntaxat, qua locupletiores ex ea re facti essent*, *d. l. 20. §. 6.* quod tam de rebus ipsis, *l. 22. h. t.* quam de fructibus accipiendum esse, docetur in *d. l. 25. §. 11.* eaque in re notabilis est proprietas hujus Actionis, præ singulari vindicatione. Nam quia rei vindicatio datur in corpus ipsum rei petendæ, quod designandum est, *l. 6. de R. V.* de fructibus, qui evidenter non sunt pars rei, non aliter, quam ut Judex eorum ex officio rationem habeat, agi potest, *§. 2. & 3. Inst. de Off. Jud.* sed fructus ab hereditatis possessore percepti, augent ipsam hereditatem, ejusque partem constituunt, non modo fructus, inquam, ipsi, sed etiam lucrum inde superstes; quod in locum ipsorum corporum succedit, *d. l. 22. h. t.* Hereditas est creatura capax omnium rerum, & augmenta & diminutiones recipiens, ut tamen eadem maneat, ejusdemque naturæ semper intelligatur, *d. §. 2. & §. 3.* Quæ res in singularum rerum petitionibus longe aliter se habet: Etenim si quis pro pecunia mea deposita res alias comparaverit, non possum eum cogere, ut ullam earum rerum mihi tradat, *l. 6. C. de R. V.* quia pretium non succedit in locum rei, ut in hereditate commodissime fieri, probatum est, ac eleganter a Juliano adfirmatur: *Licet res, quæ in hereditate fuerant, apud heredem non sint, tamen pretium earum, LOCUPLETEM eum vel sæpius MUTATA SPECIE faciendo, perinde obligat, ac si corpora ipsa in eadem specie mansissent, l. 18. in fin. D. Quod met. caus.* Hactenus igitur hæc differentia constat; fructus & lucrum ex hereditate redactum, sunt pars ipsius hereditatis, ipsaque hereditatis petitione comprehendi possunt. Rei singularis in judicium deductæ pars non sunt, nec eadem actione recte petuntur; An autem lucrum e fructibus redactum, & superstes omnino, in rei vindicatione peti nequeat, ad *librum sequ.* videndum.

15. Sequitur Quæstio, quam verbis Wissenbachii nostri proponam. *Sed quod tempus est spectandum, ut bonæ fidei possessor dicatur locupletior factus, & eo nomine teneatur? An tempus litis contestatæ? non, sed rei judicatæ, l. si a domino. 36. §. pen. D. d. t. de Heredit. petit. Hoc responsum Pauli ita comparatum est, ut pene totum hunc titulum evertat; sic otiosum erit, quod Ulpianus ait, in l. sed et si. 25. §. 7.* post litem contestatam omnes incipere malæ fidei possessores esse, omniumque conditionem parem, & pro prædonibus, teneri; *quodque Paulus in d. l. illud. 40. pr.* Petitori omnia restituenda esse post litem contestatam, quæ habiturus esset, si tempore litis contestatæ res esset restituta. *Fingamus, possessorem tempore litis contest. fuisse locupletiorem, rei vero judicatæ lapsum facultatibus: secundum d. l. 36. istius lucri nulla habebitur ratio. Fatendum omnino, aut vitium scripturæ esse in d. l. 36. aut Paulo vel Triboniano in relatione hujus sententiæ somnum obrepsisse, ait Donellus 19. Comm. 14.* Ita D. Wissenbach., nimis promptus, ut quod res est dicere liceat, ejiciendis duabus sacris anchoris, quæ sunt emendatio Lectionis Florentinæ, & Confessio Antoniæ. Si maxime sententia *d. l. 36.* ferret eam consequentiam, quæ ab illo nectitur in versiculo *fingamus &c.* tamen essent diversæ Quæstiones. Foret enim in legibus oppositis Regula, & ejus limitatio. Regula; *post litem contest. fructus percepti sunt restituendi.* Limitatio; *nisi ante sententiam, cum necdum constaret, an esset injustus possessor, sine dolo desierit esse locupletior.* Hæc mihi non videntur inter se pugnare; satin' cum aliis juris articulis convenirent; videndum foret. Sed aut ego nihil video, aut simplex ex his locis doctrina colligitur hujusmodi; Post litem contestatam omnes incipiunt esse malæ fidei possessores, & desinunt lucrari fructus. Hic articulus est initium malæ fidei certissimum: sed idem non potest esse tempus, quo spectatur, utrum possessor sit locupletior, vel non; quia potest ac solet fieri, ut deinceps hereditas novis emolumentis augeatur; quæ non debent ejus commodo, sed petitoris cedere. Expectandum igitur tempus rei judicandæ; quicquid interea lucri accesserit, id petitori prodesse, sciendum est; si quid decesserit, jus ejus non minuetur; quia malæ fidei possessori mora hæc prodesse non debet, *l. 173. §. 2. de R. J.* & sufficit, semel pervenisse ad heredem, ut de Actione *Quod metus causa.* pridem intelleximus. Etiam ad tit. *de condictione triticaria* videbimus, in æstimatione facienda, litis contestatæ & rei judicandæ tempora non esse puncta temporum, sed terminos, quo usque se referat æstimatio; secus ac aliis visum est. Thomasius tamen, modo dictam æque esse vult *antinomiam.*

SCHO-

SCHOLIUM.

Nec mirum. Est enim alter textus Pauli, alter Ulpiani. Quod vero conciliationem Autoris attinet, nescio an ea dubium tollat. Si enim malæ fidei possessor omnes fructus restituit, non saltem eos, quorum ratione locupletior factus est, & bonæ fidei possessor post litem contestatam incipit malæ fidei possessor esse, non potest dici, quod bonæ fidei possessor restituat saltem illos fructus, quorum respectu tempore rei judicatæ locupletior est. Aliter respondet Struv. h. t. th. 38.

RESPONSIO.

Bona verba, quam ut Paulum & Ulpianum tam facile ponamus in Pandectis esse contrarios. Argumentum Thomasii occupatum est eo, quod diximus, continuationem temporis ad usque rem judicandam, facere ad onerandum, non ad allevandum m. f. possessorem. Struvii responsio prior coincidit cum nostra; Posterior, qua vult, m. f. possessorem, qui post litem contest. fuit, & rursus desiit esse locupletior, hactenus non teneri, ratione Thomasii urgetur. Est apud Struv. d. Ex. th. 55.

N. ADDIT.

Hæc nunc quidem minus habent dubii: Præprimis cum ex adducto loco Wissenbachii pateat, Paulum, si crude accipiatur, non solum Ulpiano, sed & sibi contradicere. At tum quidem istam perspicuam doctrinæ Autoris declarationem divinare non poteram, cum in positionibus, quibus adjectum erat istud scholium, hæc saltem scripta forent. Tempus, an sit locupletior, spectandum est, cum res judicatur, *l. 36. §. p. h.* sed b. sit an m. fidei possessor, hoc ab initio & omnino tempore litis contestatæ spectatur, *l. 25. §. 7. l. 40.* quos textus desperatæ conciliationis habet D. Wissenbach.

16. Meliori jure pro antinomia haberi posse videbatur, quod modo diximus, malam fidem per litis contestationem acquiri, ex *d. l. 25. §. 7. & l. 40. in pr. h. t.* comparatum cum eo, quod a Juliano scriptum est in *l. 25. §. ult. de Usuris. Bonæ fidei emptor, quod ad percipiendos fructus, intelligi debet, quamdiu fundus evictus non fuerit*, id est, usque ad exitum judicii: nam per sententiam rem evinci, neque prius, dubium non est. Hanc quoque irreconciliabilem esse difficultatem, adsentitur Leonardo Lessio D. Wissenbach. ad *tit. de R. V. n. 19.* sed me nondum pœnitet responsionis, quam in positione 16. ad *h. t.* dedimus; Julianum magis de facto, quam de jure percipiendi fructus, loqui: Bonæ fidei possessor conventus opponit se, disceptatur; quamdiu sub judice lis pendet, non est malæ fidei convictus; potest fieri, ut absolvatur, & tum bonæ fidei manebit. Interim ergo fructus percipit, si condemnetur, restituendos; si absolvatur; pleno jure retinendos. Proinde quamdiu fundus evictus non fuerit, pro bonæ fidei possessore habendus est, verbis *d. l. 25. §. ult. tamdiu acquiret, quamdiu evictus non fuerit.* Illud facilius expedit D. Wissenbachius, quod malæ fidei possessor fieri dicitur a lite contestata, *ll. modo citatis, & l. 91. §. ult. de legat. 1.* imo a mota controversia, *l. 25. §. 7. h. t.* rursus a tempore scientiæ, *l. 23. §. 1. & l. 48. §. 1. de acquir. rer. dom.* Tu dic; malæ fidei possessor est, statim ac scit, rem a se possessam esse alienam: ergo sane etiam a tempore litis contestatæ, imo statim a mota controversia; quia tum certior est factus; nec aliter extat *in l. 20. §. 10. & l. 25. §. 7. h. t.* quarum rerum pugna vix in speciem aliqua se prodit.

17. Secundum fructus, impensarum habenda ratio, de quibus hic prima nobis agendi occasio datur. Has in jure triplices reperimus, necessarias, utiles, voluptuarias, *l. 1. de Impens. in rei dotales.* Necessariæ sunt, sine quibus res *nec esse* potest, & quibus non factis, res aut peritura, vel deterior futura sit, *l. 79. de V. S.* ut aggeres facere, ædificia fulcire, & similia, *l. 1. §. ult. l. 2. 3. 14. d. t. de Impens.* Impensæ utiles sunt, per quas res melior & fructuosior est facta, ut in hortis pastinatio, in agris stercoratio, in domo adjecta diæta, fenestræ, aliaque commodioris habitationis causa facta, *d. l. 79. l. 5. §. ult. & l. 6. d. t. de Impens. dot.* Voluptuariæ habentur, quæ speciem duntaxat ornant, non etiam augent fructum, ut sunt viridaria, aquæ salientes, picturæ, tectoria, & id genus alia, *l. 7. & l. 14. eod. tit. de Impens.* Quatenus autem impensæ a possessoribus serventur, haud facilis quæstio decisionis est, nos hoc loco, quod leges de Hereditatis petitione suggerunt, collocabimus, eaque deinde cum rei vindicatione comparabimus; ex qua collatione speramus, aliquid lucis huic intricatæ materiæ affluxurum.

18. Quando possessor ad fructus restituendos compellitur, habet primo deductionem impensarum, quæ fiunt fructuum quærendorum, cogendorum, conservandorumque gratia, idque tam in malæ, quam in bonæ fidei possessoribus, etsi fructuum nihil inde, sine culpa sua, perceperit, tamen uterque repetit impensas, *l. 36. §. ult. & l.*

& l. sequ. h. De reliquis, non fructuum gratia, factis impensis, plus erat dubii respectu malæ fidei possessoris; sed prævaluit benignior sententia, quod in prædonis etiam persona rationem impensarum haberi oporteat, utilium & necessariarum; idque officio judicis, etsi non opponatur exceptio doli, continetur; hoc saltem discrimine, quod bonæ fidei possessor indistincte impensas deducat, licet res non extet, in quam eas fecit; sed malæ fidei possessor non aliter, quam si res sit melior, *l. 38. h. t.* idque exemplo Tutoris & Curatoris, in quibus non eventus, sed propositi fit æstimatio, illustratur. Quid autem de voluptuariis impensis? Has etiam a bonæ fidei possessoribus servari, non a prædonibus, diserte scriptum est in *l. 39. §. 1. h. t.* ubi malis possessoribus conceditur licentia tollendi voluptuarios sumptus, quatenus sine rei detrimento tolli possunt, *d. l. 38. in fine.*

19. Hæ positiones nihil adhuc habent difficultatis, nec animus est illis opponere, quæ de singularibus judiciis aliter in diversis legibus scripta reperiuntur: sumus enim persvasi, cum hereditatis possessore liberalius agi, quam cum possessoribus rerum singularium. 1. In eo, quod ille deducere potest utiles impensas, si bonæ fidei, indistincte; quod in rei vindicatione possidenti non aliter indulgetur, quam si res sit melior. 2. Quod possessor hereditatis, si bonus est, impensas quoque voluptuarias deducit; quas possessor rei singularis duntaxat tollere potest. 3. Malæ fidei possessor utiles etiam impensas deducere potest, si res sit melior. In rebus singularibus nihil aliud, earum respectu, quam tollendi facultatem habet, quemadmodum *ad tit. de Rei Vindicat.* probabimus, & hic visum est præsumendum. Ratio harum differentiarum, nescio an aliis, (qui leges diversimode loquentes perplexe admodum interpretantur,) explicata, hæc esse videtur: quod judicium universale, quale est Hereditatis Petitio, largiores præstationes manumque liberaliorem, quam singularium rerum persecutio, recipit ac admittit.

Tit. IV.

Si pars Hereditatis petetur.

I. Quo sensu possessor partis, aut rei singularis, hereditatis petitione ex asse teneatur. II. Non posse peti partem hereditatis, ejusque partis designationem, uno libello. III. Quando cohæres in utero est; quota pars interim petenda sit, ubi de lectione, an emendatione, L. 3. h. t.

Nihil autem interest, utrum aliquis ex asse heres institutus, totam hereditatem, an ex parte heres institutus, eam partem petat. Nam & hoc casu eadem observantur, quæ in totius hereditatis petitione diximus, ut huc, paucis mutatis, transferamus, quod Imperator in *§. 8. Inst. de Fideicommiss. Heredit.* scribit. Quod juris est in toto, quod ad totum, idem juris est in parte, quod ad eam partem. Eaque similitudo longius procedit, quam alioqui ratio ferre videretur. Nam sicut ab eo, qui totam hereditatem possidet, tota petitur, sic ab eo, qui partem tenet, pars duntaxat petenda videbatur. Sed contrarium placuit, ut licet Reus unam rem possideat, qui tamen heres est ex asse, totam hereditatem ab illo vindicare debeat; quod ut παράδοξον fit, non tamen est παράλογον. Nam hereditatis petitio bimembris est, ut *initio præced. tituli* diximus; primo petit Actor, ut Heres declaretur, ex asse, vel ex parte qua jus ipsi est; Secundo loco, ut possessor res a se detentas sibi restituat, totas, si Petitor ex asse sit heres, aut pro parte, qua ipsemet heres est. Nec aliter petitio institui potest, quam ut Actor eam *non metiatur ex eo, quod possessor occupavit, sed ex suo jure*, ut habetur in *l. 1. §. 1. h. t.* quo secundum hanc proportionem restitutio singularum rerum fiat. Ponamus esse, qui rem unam hereditariam possidet & retinet, eo quod se heredem esse dicat: cum ego sim heres ex asse. Ago hunc in modum. Peto me heredem ex asse declarari, eamque rem ad hereditatem pertinentem mihi totam restitui. Si pro semisse sim heres, petam, me pro semisse heredem declarari, dimidiamque partem illius rei hereditariæ mihi restitui, ac ita in cæteris. Ex hac observatione, variorum casuum decisiones dependent elegantes, de quibus videsis *l. 1. §. 2. & seqq. h.* notatuque sunt digni casus in *§. 3. & 4.* ubi ad cir-

circuitum vitandum ordo actionum naturalis contrahitur & in unum reducitur, quod *in foro* sæp ius usu venit alias. Vid. Sand. *3. 12. 27.*

2. Præterea notandum, partem hereditatis tanquam pro indiviso peti posse; si quis distinctam velit habere partem, Familiæ ereiscundæ agere debet, *l. 6. t.* Quanquam autem in Foris nostris actionum conjunctio frequens est, hæ tamen, ut quis primo sese heredem pro parte declarari, deinde partem adsignari certam petat, eodem libello institui non possunt; quia non bene conveniunt, & confusionem pariunt, quæ officium arbitri postulat, *d. l. 6.* Quid si Primus & Secundus Hereditatem possideant, Tertius & Quartus singuli pro semisse heredes se dicant; an Tertius Primum, Quartus Secundum convenire, suasque a singulis partes petere possunt, quo deinde non sit opus familia ereiscunda? Non possunt. Verum Tertius a primo & secundo partem dimidiam, Quartus ab iisdem suam partem exigere debet: quia Primus & Secundus pro indiviso possident, non hujus aut istius, sed utriusque partem, *l. 1. §. 1. h. t.* Denique, si possessor partem hereditatis defendere, partem vero cedere velit, potest uti commodo suo, *l. 8. h. t.*

3. Partem incertam aliquando peti posse, docet Ulpianus in *l. 1. §. ult.* ut, si defunctus reliquerit fratris filium, & alii fratris filii defuncti reliquerint uxores prægnantes, si tum primus exitus uteri nolit expectare, is partem petere potest incertam. Tu dices, cui bono, cum nihil auferre queat? usus erit, si negetur heres esse Primus, ut posthumis natis, in promptu sit divisio. Potest tamen etiam, dum uterus expectatur, coheres petere certam partem; sed quotam? potest, aut possunt, unus, duo, tres, quatuor, quinque nasci. Placuit medietas, ut quasi tribus nascituris, pars quarta petatur, *l. 3. h.* *Ubi* Exemplum tergeminorum memoratur his verbis; *Sed & trigeminos Senatores cinctos vidimus Horatios.* WISSENBACHIUS noster *ad h. tit. n. ult.* hæc verba in gravi mendo cubant, *ait*, non uno argumento. Sunt, qui ita emendent: *Sed & trigeminos servatores cuncti vidimus Horatios.* Sunt qui: *& trigeminos Senatores Quintilios vidimus.* Denique alii; *Sed & trigeminos Senatores Cincios vidimus.* Plane Horatios librariorum incuria irrepsisse, Historiæ Romanæ fides satis superque probat; *Hactenus* ille. Budæus tamen emendationum alloqui facilis, nihil in his verbis desiderat, nisi quod Florentinus liber pridem edocuit; cum Budæi tempore, vulgata haberet *tres geminos*, pro *ter* vel *tregeminos*, ut Florentiæ est, item *cunctos* pro *cinctos*. Scilicet, hodie Florentina sola vulgata est. De Horatiis nihil mutat Budæus, etsi credat, alios fuisse, quam propugnatores Romani Imperii, tergeminos fratres, de quibus Livius *lib. primo.* Sed alii plus vitii latere credunt; *Cincti* epitheton male convenit Senatoribus, ait ex Cujacio Gothofredus ad *h. l. 3.* Profecto si quid in re historica sanationis adferri potest libris nostris, erit quod grato id animo agnoscamus: In universum tamen τὸ ἀκίνητον ἄμεινον, *Si non est vitiosum, cur stare prohibetur? est in l. 27. C. de Testam.* Nobis ita videtur: *In d. l. 3.* loquitur ut de re notissima Paulus; Cum retulisset exempla peregrina, *Peloponesi*, *Ægypti*, *ex auctoribus non levibus*, domesticum adfert exemplum, rei vulgo, inquam, notæ, Horatiorum. Sic instituit; Ne de rebus externis, solis credamus peregrinis scriptoribus, ipsi *vidimus* Romani, *tregeminos Senatores* (Senatorii ordinis & stirpis, ut Budæus accipit,) *cinctos*, armatos, *Horatios*. Cincti enim, qui in *procinctu* pugnandi sunt; Plinius *lib. 7. epist. ad Ruf.* *Sunt in castris, sicut in literis, plures cultu pagano: quos cinctos & armatos invenies.* Ita Gothofredi objectio remota est, ut nec *Cinciis* e tenebris opus sit productis. Nam quod Senatores in castris militandi causa sæpe reperti sint ita accincti, nemo dum probem, expectat, scilicet viros Senatoriæ stirpis, quales fuisse Horatios, dubium non esse puto; si quid tamen mutandum esset, qui pro *Senatores* malunt *servatores*; iis minus valde refrager, etsi magis est, ut non sit. Quamobrem Horatii sint expungendi, quod D. Wissenbach. ex historia Romana dicit esse necessarium dictu; ego nihil video, quam τὸ *vidimus*: quod de Paulo cum suis coætaneis intelligi non posse, palam est. Mihi plane Paulus externis populis opposuisse videtur Romanos; de quibus, ipse Romanus, in prima persona loqui potuit non inconcinne. Locum de superfœtatione, quem attingit Paulus *in d. l. 3.* & quem Budæus fuse prosequitur, nos Medicis relinquemus.

TIT.

TIT. V.

De Possessoria Hereditatis Petitione.

Quid sit. Quo sensu Possessoria Hereditatis Petitio non sit judicium Possessorium, sed Petitorium, explicatur.

HÆc Hereditatis petitio *datur Bonorum Possessori*, id est *Heredi Prætorio, adversus eundem, & eodem cum effectu, quo petitio civilis*, de qua adhuc actum est, *l. 2. h.* Quam varie *Possessionis* vocabulum accipiatur, non est hic locus edisserendi; sed duas significationes alibi traditas oportet hic adnotemus. Unam, qua vocatur detentio rei corporalis, cum animo sibi aut aliis eam habendi, quemadmodum de ea tractavimus *in Part. I. Lib. 2. tit. 1. n. 43.* Alteram, qua significat successionem Prætoriam in universa defuncti bona; quomodo de illa fuit actum *in Parte I. Lib. 3. tit. 2. n. 10.* Et hoc sensu nihil revera discrepat ab Hereditate; tantum quod Hereditas est Juris Civilis; Bonorum possessio Juris Prætorii successio, pro illis, qui lege XII. tabularum fuerant omissi. Respectu primæ significationis, Judicia dividuntur in *Petitoria & Possessoria*. Petitoria, quæ dantur ex Jure *in Re* ad restitutionem, aut ex obligatione, ad dationem vel factum. Possessoria sunt, quibus agitur ex jure possessionis, ad detentionem rei adipiscendam, retinendam, vel recuperandam, ut *Parte I. tit. de Action. n. 39.* & *ad tit. præced.* demonstratum est. Hinc facile judicari potest, sitne Possessoria Hereditatis Petitio, de qua in hoc titulo, Judicium Petitorium, an Possessorium: Etsi enim vox *Possessoria* facit præjudicium, tamen quando monetur, Possessorium dici non a Possessione, quæ est *detentio*, unde judicia possessoria censentur; verum a Possessione, quæ est successio juris Prætorii, quæ est jus in re, & plenum acquisitionis effectum tribuit, facile existimatur, Possessoriam Hereditatis Petitionem non facere judicium Possessorium, sed vere id esse Petitorium, tribuens Actori jus plenum atque perfectum. Nam plane ita est, ut Cajus scribit *in l. 2. h. t.* per hanc *Hereditatis petitionem, tantundem consequitur bonorum possessor, quantum superioribus civilibus actionibus heres consequi potest.* Hæc est summa Tituli; Proinde quæ ad præcedentem dicta profligavimus, heic ἀπὸ κοινοῦ repetenda intelliguntur.

TIT. VI.

De Fideicommiss. Heredit. petit.

Quid sit Fideicommissaria Hereditatis Petitio, & quomodo Fideicommissarius, qui non est Heres, agere possit Hereditatis Petitione.

SIcut Possessoria Hereditatis Petitio nihil habet singulare, nisi quod Heredi Prætorio, qui Bonorum Possessor dictus est, datur; ita hæc quoque Fideicommissaria Petitio *recipit eadem, quæ Civilis*, de qua modo absolvimus, *l. 2. h. t.* Datur enim *Heredi* fideicommissario, cui ex fideicommisso restituta est Hereditas, adversus eosdem, & cum eodem effectu, quo de Civili Petitione dictum est *superius*. Non datur adversus fiduciarium, qui ad hereditatem restituendam tenetur; nam modus illum cogendi, præscriptus est in Senatusconsulto Trebelliano, quod expositum est *ad tit. Inst. de Fideicommiss. Heredit.* Competit igitur adversus tertium Hereditatis Possessorem, *l. ult. §. 1. h. t.* Enimvero Fiduciarius manet Heres, & Fideicommissarius qualitatem Heredis non consequitur, ut e dictis *ad præced. tit.* jam pridem constat. Unde igitur causa petendi Hereditatem, quod nemo facere potest, quam qui e Testamento, vel ab intestato est Heres? Responsum suggerit Ulpianus; *ex Senatusconsulto, ex quo Actiones transeunt*, quod est vetus Trebellianum, ut ex his, quæ ad memoratum titulum sunt exposita, constat. Nam illud Senatusconsultum vi legis indubitata, non modo actiones singularum rerum; sed ipsam maxime universalem Hereditatis Petitionem Fideicommissario præstat, *d. l. 1.*

LIB. VI.

Tit. I.

De Rei Vindicatione.

I. Vindicationis etymologia, ritus antiquus & significatio juridica. II. Definitio & natura hujus Actionis per articulos explicatur. III. Contra quem detur, & quid juris si possessor absit, aut si præsens neget se possidere. IV. Teneri & eum, qui post litem contestatam Possessionem adeptus est. V. An etiam, si post Lit. Cont. possidere desierit, & reum, an possideat, dicere cogi. VI. De rebus, quæ possunt vindicari; liberi an possint, non res pecunia nostra emptæ; nisi quod de rebus dotalibus pecunia uxoris emptis dubium est. VII. Quicquid de re superest, etiam peti posse. VIII. De fructibus restituendis summatim. IX. Item de lucro e fructibus superstite. X. De impensis e fructibus deducendis, ubi de sensu L. 65. h. t. & differentia hujus actionis ab heredit. petitione, quod ad impensas. XI. Secunda Differentia. XII. Tertia differentia. XIII. Exitus hujus judicii pro natura actionum arbitrariarum, & explicatio l. 68. h. t. XIV. Possessorem damnatum, non posse negare restitutionem propter jus pignoris, aut aliud, quod in Re ab ipso restituenda sit constitutum.

Post Hereditatis petitionem, quæ est universale Judicium, sequitur in Rem actio singularis, quæ Rei *Vindicatio* dicitur, *l. 1. pr. h.* Vindico, quasi *vim dico*, proprie significat *ulciscor* & *punio*. Ita *Vindicatum in noxios*, Sallustius; Judex *vindicare delictum* dicitur, *in l. 1. de Obseq. Parent. Vindicta Majestatis publica, l. 33. de Injur. & alibi passim.* Pecuniariis causis proprium est *jus dico*, cum oppositione ad *vim dico*. Inde latius producta vindicationis vox, non tantum ad ultionem privatam, quæ per *vim* fit; sed ad omnia, quæ manu & quasi *per vim* administrantur; qualis est etiam petitio rei nostræ ab alio possessæ, & quam veluti per vim & manum, exercitam fuisse, docet in *orat. pro Mur.* Cicero, ubi formulam *petitionis Rei suæ* refert hanc fuisse; *Fundus, qui est in agro, qui Sabinus vocatur, eum ego ex Jure Quiritium meum esse ajo. Inde ego te ex Jure manu consertum voco.* Respondebat possessor: *Unde Tu me Jure manu consertum vocasti, inde ego te revoco.* Sequebatur consertio manuum in itum & reditum, ac imaginaria pugna; atque hæc petitio manualis, dicta fuit *Vindicatio*; de qua plura Gellius *lib. 20. c. 10.* & nos *in lib. 1. Digress. c. 4. n. 3.* eoque pertinet Ennianum illud: *Non ex jure manu consertum, sed mage ferro.* Hæc vindicatio, qua res quasi manu injecta petebatur, ita specialiter de rebus singularibus, quæ *designari* possunt, ut est *in l. 6. h. t.* usurpatur. Universitas, quæ sine corpore juris intellectum habet, ut & res incorporales, vindicari non possunt, *l. 56. h.* sicut in *toto hoc tit. Rei Vindicationis*, de talibus non agitur, sed tantum de corporalibus, quæ manu teneri & vindicias recipere queant. Sunt enim *Vindiciæ*, quando *litigatur de ea re apud Prætorem, cujus incertum est, quis debeat esse Possessor, ut ait* Ascon. *in tert. Verrin.* Possessio autem non nisi corporalium rerum est, *l. 3. in pr. de Acquir. poss.* Deinde processum est ultra, ut omnes in rem actiones appellatæ sint vindicationes, *§. 15. Inst. de Action. l. 25. de Action.* Unde Rubrica, *si servitus vindicetur.* Item, *vindicare per in rem actionem, jus non esse alicui reficiendi, l. 3. §. pen. de Rivis.* Verum enim vero in hoc titulo, & quoties non Vindicatio simpliciter, sed *Rei Vindicatio* effertur, petitio rerum singularium & corporalium significatur, ut universo hujus capitis tractu videmus observari. De hac nos jam dicturi, a definitione incipiemus.

2. Rei Vindicatio, est *Actio in Rem, qua dominus rei singularis ab alio possessæ petit, se dominum ejus declarari, eamque sibi a quolibet possessore cum omni causa, restitui.* Hanc definitionem per partes probabimus. Actionem in Rem esse, jam demonstratum est; Addi poterat, quod *specialis* in Rem sit, ut habetur in *l. 1. §. 1. h. t.* diciturque *Specialis*, respectu Actionis in Rem generaliter dictæ, quæ datur ex omni Jure in Re: cujusmodi sunt Hereditas, de qua *supra* intelleximus; Jus dominio proximum, de quo in fin. hujus *disputationis:* & Servitus, de qua *in libro* VII. & VIII; & Pignus vel hypotheca, de quibus vindicatio usurpatur *in l. 16. §. in Vindicatione. de Pignor.* Vocatur etiam specialis, quia competit ad *species* persequendas, id est ad singula corpora, *l. 54. de V. O.*

V. O. l. 30. §. 6. de Legat. 1. quemadmodum prædiximus.

QUA DOMINUS. Oportet dominum esse,* cui detur hæc actio, vel Jure Civili, vel Prætorio, *l. 22. in pr. h. t.* In rem actiones ita proditæ sunt jure civili, *ut quis dominium suum vindicet.* habetur *in §. 4. Inst. de Action.* Quod est concisum loquendi genus, hoc sensu, ut quis *ex jure dominii rem suam vindicet.* ne quis putet, dominium peti, aut intentione comprehendi. Nam qui in rem agit, non ait, sibi *dari oportere;* dare enim est dominium transferre; Qui vero dicit, se dominum esse, non potest petere, ut dominium sibi præstetur, sed hoc ait, possessionem sibi esse restituendam. *§. sic itaque. 14. I. de Action.*

REI SINGULARIS. Id aliquoties dictum est, materiam hujus actionis esse res singulares & speciales, tam mobiles seque moventes, quam immobiles, *d. l. 1. §. 1.* modo designari queant, *l. 6. h.* neque tamen res singulæ tantum recte vindicantur, sed etiam quæ multis capitibus aut corporibus, una tamen appellatione continentur, ut grex, armentum, equitium, *l. 1. §. ult. & ll. seqq.* Nihil etiam vetat, partem incertam rei certæ peti, non modo si pars pro indiviso sit, ut designare nequeas, tua pars quæ sit, verum etiam si plane nesciat Actor, dimidiam, tertiam, plus an minus petere debeat, si justam habeat ignorantiæ causam, ut exemplum est *in l. 76. §. 1. h. t.* AB ALIO POSSESSÆ. Aliter enim termini habiles hujus actionis non sunt: Duplex scilicet effectus est dominii, ut alias dictum, libera *administratio,* quatenus ipse dominus rem habet in potestate; & *Vindicatio,* si ab alio possideatur, *si ejus rei possessionem casu amiserit.* est in *§. 4. I. de Action.*

PETIT se dominum ejus declarari; hoc est, quod modo ex *d. §. 4. Inst. de Action.* habuimus, *Ut dominium suum vindicet.* item in *fine §. 1. eod. tit. Si Titius rem suam esse intendat, in rem actio est.* Si fundum vindicem meum esse, *l. 6. §. 2. de Confess.* Plus in libello suo non opus est exprimat, quam se dominum esse, Rem suam esse, addito ut plurimum *ex Jure Quiritium,* ut supra ex Cicerone probatum, quod tamen non fuisse necessarium, patet ex *d. l. 1. §. 2. h. t.* in verbis, *nisi forte addita causa, ex lege Quiritium.* Judicamur etiam a Cicerone superflua; *Cum hoc,* inquit, *fieri bellissime posset,* Fundus Sabinus meus est, *imo meus, deinde judicium, noluerunt:* Verbosius agendum putarunt. Non opus igitur fuit, in Rei vindicatione causam dominii specialem exprimere, quemadmodum id factu necesse erat in Judiciis personalibus; qua de re *ad tit. de Edendo. n. 8.* locus agendi obiter fuit. Ultima verba, *eamque sibi a quolibet possessore restitui,* finem & exitum hujus Actionis significant, & simul objectum intentionis, quod est *quilibet possessor;* contra quam in personalibus, ubi solus debitor ejusque heres, qui ex obligatione tenentur, conveniri possunt, ut *alias* dictum & mox amplius dicetur. Possessor autem restitutionem facere debet, etiam pretio, quod forte solverit, non recepto, *l. 23. C. de R. V. l. 2. C. de Furt.* ad quod etiam mensularios, quibus sæpe res alienæ pignori dantur, teneri, sæpe judicatum est a Curia Suprema, nominatim *d. 16. Septemb. 1681.* in causa Assessorum Collegii Textorum Leovardiensis, cujus Præses argentum factum ejus collegii, mala fide pignori dederat, in rem suam, *contra Nicolaum Lennich, mensularium Franequerensem.* Rursus in causa *Christinæ Georgii contra Isaacum Van der Hellen, mensularium Leovardiensem,* die 2. *Jul. 1680.* Idem judicatum aliquoties contra *N. Vormholt.* mensularium *Leovardiæ finitimum, ante ferias natalitias 1680.* non obstante privilegio, quod habebant mensularii a Civitatibus, ne ad restituendum, nisi a dominis rerum ante emptionem admoniti, teneantur. Nam ejusmodi privilegium, quod jura civium tollit, merito non nisi a Summa potestate, quæ jus habeat dominii eminentis, proficisci posse, judicatum est. Damnati sunt etiam in impensas litis possessores, si justam habuissent causam existimandi, res esse furtivas, alioqui *compensatis impensis.*

3. In hac igitur definitione continentur, 1. Per-

* Hæ vero probatio dominii difficillima est, cum non sufficiat, justum titulum acquisitionis, & bonam fidem probare, nisi quoque constet, eum, a quo actor rem consecutus est, ejus fuisse Dominum. Quapropter, ob probandi hanc difficultatem, Dominii rei vindicationem cum actione Publiciana cumulare, & res suas, ex Dominio, vel quasi, vindicare solent, Brunnem. *ad l. 1. ff. d. Publ. in rem act.* Schilt. *ad ff. Ex. 16. th. 66.* j. Gail. *l. 1. Obs. 62. n. 4. sq.* In Saxonia tamen hæc probatio, ratione immobilium, multum adjuvatur per traditiones judiciales, cum is, qui de prædio investitus est, der das Haus oder Guth in Lehn hat, Dominus esse præsumtione Juris censeatur. *a. Dec. El. 61. vid. supr. P. I. p. 121.*

fonæ, quibus datur Vindicatio; 2. Contra quas datur; 3. De quibus rebus, & 4. Quo effectu. De his, quibus datur Rei vindicatio, præter jam dicta, nihil admodum supereft. Debent esse Domini, tam Jure Prætorio quam Civili, inquam, *d. l. 23. in pr. h. t.* Sed contra quos detur, articulus, plures habet positiones. Prima, possessores heic sunt omnes, qui vel suo, vel alieno nomine possident, etiam Commodatarii, Depositarii, Conductores, missique in possessionem Creditores, adeoque omnes, qui restituendæ rei habent facultatem, *l. 9. h. t.* Sed qui pro aliis possident, debent statim in Judicio Dominum possessionis nominare, quo intra certum tempus a Judice definiendum, id ei denuncient, ut adsit ac intentionem Actoris suscipiat. Cui denunciationi non parens, a Judice legitimis Edictis citari curabatur. Eoque ne sic quidem veniente, Petitores, causa summatim cognita, mittuntur in possessionem, salva quæstione principali, ubi Reus se postea stiterit, *l. ult. C. Ubi in Rem actio.* quæ lex de rebus quidem immobilibus loquitur, sed ad mobiles necessario producenda est, quemadmodum producitur in *Nov. 69. cap. 2. & seqq.* Non minus autem necessaria ad hujus actionis fundamentum requiritur Possessio, quam Dominium a parte Petitoris; adeo quidem, ut si Reus se possidere neget, judicium hoc in Rem actionis inchoari nequeat. Ideo, in *rem actionem pati, non compellimur*, ait Furius Anthianus in *l. ult. h. t.* quia *licet alicui dicere, se non possidere.* Licet, hoc est, facultas & copia *de facto* datur, ut loquimur; non, *licet*, hoc est jure permittitur: suo videlicet periculo *licet:* Nam Actor neganti se possidere, potest admovere probationem contrariam: si fidem fecerit, reum esse mentitum, vereque possidere convincat, Judex eum possessione multabit, ejusque commodum transferet in adversarium, tametsi nihil adhuc ille de suo dominio probaverit, *l. ult. h.* ‡

4. Quid autem, si tempore litis contestatæ Reus non possederit, verum ante sententiam adeptus sit possessionem? Habemus equidem regulam, *Quod post litem contestatam accidit, id in judicium non venire, l. 23. de Judic.* Tamen de Rei vindicatione probata est Proculi sententia, qui statuebat, eum qui tempore litis contestatæ non possedit, quo autem judicatur, possideat, *omnimodo condemnandum, l. 27. §. 1. h. t.* Sicut etiam possessor hereditatis, si, quo tempore sententia fertur, plures hereditarias res, quam litis contestatæ tempore, possedit, eas quoque victus restituere debet, *l. 41. de Hered. petit.* Idem de rebus depositis scribit Neratius, si post judicium acceptum recuperaret, nihilominus recte ad restitutionem rerum compelli, *l. 1. §. 21. Deposit.* Ex his necessarium dictu fit, Regulam *d. l. 23.* non nisi de Actoribus accipiendam esse, non æque de Reis possessoribus. Si actor non habuit jus agendi tum, quando litem movet aut contestatur, etsi deinde jus acquisierit, Reus tamen ab Instantia absolvitur, & *Actori nova interpellatione opus est*, ut habetur in *ipsa l. 23.* Quod argumento satis est, ad actorem esse referendam regulam istam, cujus est *uti interpellatione.* Sic etiam hanc regulam, id *venire in judicium, de quo actum est inter litigantes*, Celsus ait, periculosum esse *ex persona Rei metiri, l. 61. de Judic.* Judicium non potest esse, *antequam aliquid debeatur*, nec adeo in pendenti esse, docet Javolenus in *l. 35. eod. tit.* Tu dices, quando Reus nihil debet, tunc etiam nihil debetur, nihil inter partes vertitur; Imo tum tamen verum esse potest, Rem petitam Actoris esse, quæ si ante finem litis apud Reum inveniatur, causa debiti non nascitur post litem contestatam, sed ante eam extitit.

5. Quod si Reus post litem contestatam possidere desierit? Distinguendum est: Si dolo malo, tenetur ac si possideret, *l. 36. in pr. h. t.* verum utili actione, *l. 3. §. ult. ff. de Alienat. jud. mut. caus.* Cur utili duntaxat, cum hereditatis petitio directa & ordinaria, competat adversus eum, qui dolo possidere desiit? Quoniam id diserte cautum est SCto, quod habetur in *l. 20. §. 6. de Hered. petit.* cum de Rei Vindicatione nullum tale Senatusconsultum extet; verum illud ad hanc speciem utilitatis causa extendatur *l. 27. §. 3. h. t.* Objectiones quasdam, non gravissimas, movet & removet D. Wissenbach. *ad h. t. n. 6.* Magis ad rem pertinet, quod qui dolo possidere desiit, nec rem ipsam restituit, etsi jam non possit, *is, quantum adversarius in litem, sine ulla taxatione, in infinitum juraverit, damnandus est l. 68. h. t.* nisi juramento remisso, contentus sit, in id quod interest, adversarium condemnari, *l. 71. h. t.* Nec quidem cogere potest dominum petitorem, ut sibi de actionibus contra possessorem cedendis caveat, in pœnam doli sui, *l. 69. h.* etsi officium

‡ Quæ lex expressis verbis est restituta *O. P. S. E. I. & E. Tit. 16. §. 3.*

Judicis

Judicis implorare potest, ut victo dominus sibi, absque præjudicio suo, actiones præstare jubeatur, *l. 12. de Re Judic.* Porro, si Reus sine dolo malo, culpa tamen sua, possidere desierit, tenetur ad æstimationem, salvo cessionis beneficio, *l. 63. h.* Denique, si absque dolo & culpa post litem contestatam, multo magis antea, possessionem amiserit, nulla est causa, quin Reus absolvatur, *d. l. 27. §. 1.* Postremo, qui se obtulit liti, cum Dominus ab alio petere vellet, perinde condemnatur, ac si possideret, *l. 27. in pr.* Alioqui si quis non possideat, nec dolo malo possidere desierit, nec etiam se pro alio interposuerit, idque dominus petitor sciat, elusorium magis est judicium, quam ut sequatur condemnatio, quæ sequeretur, si dominus ignoraret: ut tamen rursus, si quis se falso possidere dixerit, & ante litem contestatam retractaverit, innoxium habeatur mendacium, *l. 25. & seqq. h. t.* quibuscum ea, quæ *ad tit. de Hered. pet. n. 10.* diximus, conferantur. Ex his omnibus intelligitur, fundamentum Rei Vindicationis, ut a parte Petitoris est dominium, ita in Reo necessariam esse Possessionem præsentem, aut quæ desiit, ut judicium fundetur; aliter initium haberi non potest. Idcirco ne frustra experiatur, qui Petitorio judicio utitur, requirere debet, an is, cum quo instituit actionem, possessor sit, vel dolo desierit possidere, *l. 36. in pr. h. t.* Et jam satis constat, eum, unde petitur, interrogatum, dicere cogi, possideat, an non possideat? Titulum ex quo possidet, edere eum non compelli, neque ex qua parte rem teneat, probatur ex *l. 73. h. l. 11. C. de Heredit. pet.* qua de re jam dictum aliquid *ad tit. de Hered. pet.* & plus *superius ad tit. de Edendo.*

6. Dictum est, Quid Rei vindicatio, Quibus, & contra Quos detur. Divisionem prætervecti sumus, quæ scilicet est directa, vel utilis; sed de utili, cujus comparatione, quid directa sit, intelligimus, in titulo *hujus libri ultimo* agetur. Sequitur articulus rerum, quæ vindicari possunt, quas ejusmodi primo esse oportet, ut vindicari, & proinde in commercio esse queant. Ideoque liberas personas nemo vindicare potest, ne Pater quidem liberos in potestate constitutos: sed de his dantur præjudicia, vel interdicta, vel extraordinariæ cognitiones Prætoriæ, *l. 1. §. 1. h.* Datur tamen & species quædam Vindicationis, ut Pomponius docet, adjecta causa, *ex jure Quiritium,* quo Pater habebat jus quoddam dominii, cujus vi filium vendere, & quidem ter vendere potuit, de quo Dionys. Halicarnassæus in *lib. 2.* & Ulpian. *in fragm. tit. 10.* & nos *part. 1. lib. 2. Digress. c. 4.* Debent etiam esse res, quarum proprie ac immediate dominium nobis competat; Si quis nostra pecunia sibi res aliquas emerit, etsi mala fide, velut si depositam a me pecuniam depositarius in emptionem prædiorum collocaverit, eaque ipsi tradita fuerint, ego non modo ea vindicare non posse dicor, verum si vel omnia, vel quædam ex his, ab invito in me transferri petam, id esse injuriosum, scribit Gordianus in *l. 6. C. h. t.* Sic etiam in *l. 21. C. de Probat.* si quis res ab emptore vindicet, ideo quod suos nummos in pretium numeratos adseveret, eum frustra de hoc probando laborare, adfirmatur. His, quorum fuit pecunia, personalis actio de pecunia repetenda competit, res emptæ nullo modo iis adfectæ tenentur, *l. 1. C. Si quis alt. vel sibi.* Unde si pecunia dotali, fundus a marito comparatus sit, uxori fundum non quæri, sed actio dotalis competere, dicitur in *l. 12. C. de jur. dot.* quemadmodum nec res, e nummis pignori datis emptæ, pignori obligatæ dicuntur, *l. 7. §. ult. ff. Qui pot. in pign.* Hereditatis id esse præcipuum, *libro præcedenti* intelleximus, ut res in locum pecuniæ, atque vicissim in pecuniæ locum res succedant, universitatis natura id facile ferente; At in rei vindicatione, quæ datur in corpus, in rem singularem, ejusmodi successio locum habere non potest. Verum de dote quod dictum, secus auctor est Wissenbachius noster, *th. 12. b.* plures adducens ὁμοψήφους; quosdam male citatos habens; Ita Perezius *ad tit. Si quis alt. vel sibi in fin.* nescio an satis tuto; Textum adducunt *l. 54. ff. de jur. dot.* quæ res pecunia dotali emptas, videri dicit esse dotales: At hoc quidem recte dixeris, etsi non actionem in rem, sed in personam dotalem, de universa dote, sub qua & res illæ sint, petenda competere, statuas, ut est in *l. 12. C. de jur. dot.* Sed tamen *in l. 55. in fin. de donat. int. vir. & uxor.* docet JCtus, si uxor pecuniam viro donaverit, isque pro illa res soli vel mobiles emerit, si maritus solvendo non sit, utilem in rem actionem mulieri accommodandam esse. Quod ad res etiam dotales quo minus extendamus, ego non intercedo; ut tamen nihil aliud inde colligatur, quam hoc, non fieri bona pro dotali pecunia empta mulieris, nisi in subsidium, quando maritus non est solvendo, ut tum utilis in rem actio detur; quæ militibus in *l. 8. C. h. t.* & pupillis in *l. 2. C. Quando ex fact. Tut. vel Curat.* simpliciter

ter

ter datur. Postremo, ex eadem ratione, pecunia ex re mea redacta, non potest vindicari, sed condici, id est, personali actione peti debet, *l. 23. de Reb. Cred.* quia non est meum, quod ex negotiatione percipitur, *l. 21. de Heredit. vel act. vend.* Objectionem a contraria proprietate Hereditatis Petitionis, a nobis occupatam, pluribus refellit D. Wissenbach. *ad h. t. th. 13.*

7. Porro, quamdiu aliquid de re nostra superest, id, cujusmodicumque sit, vindicari potest, *l. 49. §. 1. h. t.* nisi aliis rebus, quarum pars factæ sunt, junctæ fuerint; tunc enim non a nobis, sed ab iis, qui Totius Domini sunt, vindicari possunt, *l. 23. §. 2. & seqq. h. t.* Verum si res separari queant, datur actio ad exhibendum, cum effectu separationis, *l. 6. Ad Exhib.* si non possit, actio in factum, vel exceptio doli competit ad pretium, *d. l. 23. §. 4.* idem si lex separationem prohibeat, ut in Tigno juncto, de quo dupli actionem dari, constat ex *§. 29. Inst. de A. R. D.* ubi diximus. Denique, non ipsæ tantum, sed & accessiones rerum, veluti partes, quæ per Alluvionem accesserunt, *l. 34. h.* & quicquid solo continetur, juxta regulam; *superficies cedit solo. l. 2. de Superficieb. l. 16. C. h. t.* quanquam superficies ipsa per se vindicatione duntaxat utili petitur, *l. 73. §. 1. & LL. seqq. h. t.* Porro, si res deterior facta sit, id quod interest præstandum esse, docet ratio, *l. 13. & l. 17. §. 1. h. t.* Et denique fructus: quorum locus etsi copiose deductus est in *Parte priore Lib. 2. tit. 1. num. 30. & seqq.* Heic tamen aliquid non repetendum, sed recensendum videtur.

8. Et quidem; Fructus pendentes, qui adhuc hærent in solo, esse restituendos tam a bonæ, quam a malæ fidei possessore, per regulam; *quod hi pars fundi sunt eumque sequuntur. l. 44. de R. V.* item quod extantes, qui a solo jam separati, sed neque dum consumpti sunt, æque sint restituendi, per aliam regulam modo commemoratam; *meum est, quod ex re meâ superest, ejusque vindicandi jus habeo. l. 49. §. 1. de R. Vind,* satis extra controversiam est. Quod etiam malæ fidei possessor indistincte ad omnes fructus restituendos teneatur, extantes & consumptos, naturales, industriales, perceptos, & quos honeste percipere potuit, æque indubitatum est, *l. 33. h. t.* De consumptis a bonæ fidei possessore fructibus, ambigitur bifariam; Primo, an is etiam lucretur fructus mere naturales; Iterum, an de industrialibus consumptis teneatur, quatenus est locupletior. Utriusque decisionis theoria, pendet ab hoc Quæsito, utrum naturalis & civilis causa percipiendi, sit *Cura & Cultura*, an *bona Fides*. Justinianus est sine dubio in hac sententia, quod Cultura & Cura sit causa fructus acquirendi naturalis, a lege probata, sub requisito bonæ fidei necessario, in *§. 35. Inst. de A. R. D.* quam sententiam exacte cum philosophia civili convenire, probavimus in *lib. 4. Digress. cap. 23. n. 2. & 3.* quæ proinde non repetimus. Ex hoc principio sequitur, si qui sunt fructus, quibus nulla cura culturaque adhibetur, hos non fieri bonæ fidei possessoris; quam esse Juris sententiam, probavimus in *Parte I. Lib. 2. tit. 1. n. 30.* ubi tamen & addidimus, in nostrate agricultura discrimen hoc naturalium ac industrialium rarioris esse momenti, mereque naturales, de quorum restitutione quæri possit, esse tam paucos, tam parum notabiles, ut lucrum ex illis perceptum vix in censum venire queat, ideoque in foro nostro prætereuntur. Gramen equidem, quod est naturale (*non fœnum, ut dix. d. loc. n. 31.*) pascendis pecoribus, est satis magnæ æstimationis; verum in hac Quæstione non facit partem: Quia, dum est in solo, pars fundi est, ac cum eo sine dubio restituitur: Depastum a pecudibus & consumptum, neque restitui potest, nisi quatenus alteram Quæstionem ingreditur, quæ est de restitutione lucri, qua possessor sit locupletior.

9. Hujus decisio perinde pendet a priore Quæsito, sitne bona fides causa fructus acquirendi, an cura & cultura. Nam si Fides bona vim adæquatam causæ acquirendi infert, nihil vetat dicere, de consumptis non esse quærendum; Si cura & cultura sit causa, quod Justinianum tenere satis indubitatum est, ratio non patitur, ut possessor, quamlibet bonæ fidei, plus ex re aliena acquirat, quam quicquid interest sua, ratione curæ atque culturæ, nec, ut locupletiori cum alterius jactura sibi fieri liceat, postulare potest, aut debet: Hanc sententiam Justiniani doctrinæ & æquitati consentaneam esse, probavimus *in Parte I. Lib. 2. tit. 1. n. 32.* & ad textus, qui non parvo numero a dissentientibus objiciuntur, respondimus *in Parte 2. Digress. L. 2. C. 4.* Ne summam quidem Disputationis, quæ in *Positione 13. & seqq.* est collocata, hoc loco repeti quicquam attinet: nisi hoc denuo, quod ad naturam Rei Vindicationis intelligendam valde pertinet, inculcandum sit, lucrum ex fructibus non venire in ipsam Rei Vindicationem, quæ tantum datur de corporibus ipsis ad

ad dominium petitoris spectantibus, nec recipit surrogationem pretii in locum rei distractæ vel consumptæ, *l. 70. §. ult.* cum *ll. seqq. de Legat. 2.* secus ac Hereditatis petitio, quæ ob laxitatem & universalitatem intentionis suæ, non modo res, sed etiam pretia rerum distractarum capit, ut *ad librum præced.* vidimus. Sed nec ipsi fructus a fundo separati, jure dominii, possunt vindicari; officio judicis adjudicandi sunt, ut *tit. Inst. de Off. Jud. n. 5.* dictum est. Si hoc ipsis, inquam, fructibus adhuc extantibus, non obstat, quo minus æque dicantur esse restituendi, ac in Hereditatis Petitione, ne lucro quidem e consumptis fructibus reliquo, id obstaculo esse potest, nec adeo de genere actionis, sed de jure restitutionis quæritur, utrum id fiat ipso jure vindicationis, an officio Judicis, aut condictione, quæ datur de pretio ex re mea redacto, *l. 23. de R. V.* specialiter Condictione *sine causa*, quæ ad hunc usum optime quadrat, cum revera, deductis omnibus, quæ ad id quod interest pertinent, si adhuc possessor e bonis alienis sit locupletior, id apud eum fine causa residere, manifestum sit, *ad tit. de Condict. sine causa.*

Tempus restituendorum fructuum, esse post litem contestatam, sive a mota controversa, sæpe alias dictum, & notum est, cum ex *l. 22. C. h. t.* tum *ex l. 25. §. 75. de Hered. pet.* & aliunde *passim*, ut probavimus ad *tit. de Hered. pet. n. 14. sub fin.* Non dubium est, si appellatum fuerit, quin a primæ instantiæ contestatione repetenda sit fructuum condemnatio; Sed quæsitum est, cum prius actum esset judicio possessorio frustra, dein petitorio actor obtinuisset; an fructus a litis contestatione super judicio possessorio, per quod primum interpellatus est reus, an a sequenti litis contestatione super judicio petitoris, sint computandi. Et judicatum est, a postrema litis contestatione; Nam etsi per primam possessor interpellatus est, qui tamen absolutus fuit, mansit bonæ fidei, jusque fructuum retinuit; quod secus est, ubi post appellationem prior sententia confirmatur. Ita notabiliter judicatum in causa *Scheltonis a Passenrode, contra Houkiam ab Hillama cum sociis, d. 26. Octobr. 1642.* apud Nautam MS.

10. A fructibus deduci impensas, in percipiendis illis factas, deinde necessarias & utiles, tam a bonæ quam a malæ fidei possessore, dictum est sub *fin. tit. de Hered. petit.* cum discrimine triplici inter judicium universale & singulare, quæ illic monstrata, non demonstrata sunt. Prima differentia designata fuit hæc, quod in Hereditatis petitione, possessor bonæ fidei non modo necessarias, sed etiam utiles impensas deducere possit indistincte, sive res melior sit, sive non, *l. 38. de Hered. Petit.* in verbis; *ut bonæ fidei possessor omnimodo impensas deducat, licet res non extat, in quam fecit.* hoc autem in rei Vindicatione periculosum est adfirmare. Nam si quis in alieno fundo bona fide ædificaverit, aut conseruerit, etsi justissimæ sint impensæ, *ut & dominus easdem facturus fuerit*, si hic fundum recipere velit, reddere debet impensas usque eo duntaxat, *quo fundus pretiosior est factus*, quin aliquando, si pauper sit dominus, bonæ fidei possessor tantum habet tollendi facultatem, quatenus *non fiat deterior fundus, quam si ædificatum non foret.* Quid si per impensas, fundi pretio plus accesserit, quam pro ratione impensarum? *Bonæ fidei possessor solum quod impensum est*, recuperat, *l. 38. h. t.* idque etiam de re a Creditoribus evicta jure pignoris traditur, quod bonæ fidei possessores sumptus in exstructione erogatos, *quatenus pretiosior res facta est*, recuperent, *l. 29. §. 2. de Pign.* Potest quidem has impensas recuperare, tametsi nullos fructus perceperit, *l. 73. de Hered. pet.* Sed fructibus perceptis, impensas scilicet, petere non poterit, nisi quatenus superant fructus, *l. 36. §. ult. eod.* Etenim *admissa compensatione, superfluum sumptum, meliore prædio facto, dominus restituere cogitur.* est in *l. 48. in fin. de R. Vind.* Idem est in *l. 65. in pr. eod.* utroque textu Papiniani; qui impensas ita vult servari, *si fructuum ante litem contestatam perceptorum summam excedant. dd. ll.* Quid ergo? An fructus *post* litem contestatam percepti non deducuntur ab impensis? Imo sic potius dicendum; fructus ante litem contestatam perceptos bonæ fidei possessor *lucratur, l. 4. §. 2. Fin. regund.* Sed qui post litem contestatam percepti, sunt, cum exinde fuerit malæ fidei possessor, Reus aut restituere, vel certe cum impensis compensare, tantoque minus de illis recuperare debet. Hæc ratio tam simplex & indubitata videtur, ut Haloander Papinianum emendare non dubitaverit, & pro, *ante litem Contestatam*, substituerit, POST *litem Contestatam.* Charondas in editione sua apud *d. l. 48.* pro varia lectione ponit, *a Lite Contestata*, addens, *& melius.* Eandem tamen lectionem aut interpretationem, in *l. 65.* non probat. Sed Gothofredus ad *d. l. 48.* ex utraque lectione posteriorem, id est emendationem, censet

set esse meliorem. Est hoc exemplum judicandi, quam periculosum sit, conjecturis suis adversus lectionem Florentinam indulgere. Papinianus, quod ad fructus post litem contestatam perceptos attinet, nihil putavit collocandum, utpote cum notissimum sit, possessorem condemnatum, teneri ad illos restituendos. De perceptis *ante litem*, major erat ratio dubitandi, quod eos lucrari dicitur possessor bonæ fidei. Verum id ita restringit Papinianus, ut tamen impensas & fructus pariter non lucretur, sed horum ab illis pati cogatur deductionem. Ita liquet, Papinianum rectissime fructuum ante litem cont. perceptorum, duntaxat in hac causa meminisse. Proinde bonum factum est, Florentinam editionem relinquere intemeratam.

Quærat aliquis, an etiam consumpti fructus & usucapti, qui a bonæ fidei possessore non solent restitui, cum impensis compensandi sint? Non potest esse dubium, e generalibus Papiniani verbis, & quia non fuit impensis oneratus, qui de fructibus illas fecit; qua de re vide prolixe contra Antonium Fabrum & Collegas suos differentem Sandium, *lib. 3. tit. 25. def. 1.* Rursus quæritur; si per impensas fundus tanto fructuosior sit factus, ut postea notabile plus mercedis inde sit redactum, an etiam hoc augmentum, quod ex melioratione Possessoris processit, in calculum compensationis cum impensis, venire debeat; quod similiter adfirmandum est, cum eodem Sandio, *d. tit. def. 3.* ubi ad rationes contrarias respondetur. Et in definitione 4. πραγματικῶς probat, quod paulo superius collocatum, in impensis repetendis consuli domino magis quam possessori, bonæ licet fidei: Proinde, si per impensas modicas ingentem meliorationem effecerit, eum nihil quam impensas recuperare; Si vero, quod crebrius accidit, impensæ majores sint, quam melioratio; nihil quam id, quo melior & pretiosior est fundus, consequi, ut dictum a nobis, & auctoritate multa ab illo probatum est.

11. Secunda differentia, quam inter Hereditatis petitionem & Rei vindicationem commemoravimus, est hæc; Quod impensæ, etiam voluptuariæ, a possessore bonæ fidei hereditatis deducuntur; sed eædem a possessore rei singularis duntaxat tolluntur, aut si dominus tollentem pati nolit, repetitio dabitur, *l. 3. de Impens. in rem Dot. fact. l. 38. h. t.* quæ tamen minus id explicat distincte: Lex *tertia* citata, de marito, respectu fundi dotalis loquitur; hic est singularis & bonæ fidei possessor, ideoque ejus ***argumentum*** ad hoc caput doctrinæ pertinet.

12. Tertia differentia spectat ad malæ fidei possessorem. Hic impensas voluptuarias, quo minus tollere possit in rei vindicatione, perinde ac ei permittitur in Hereditate, nihil obstat *l. 39. §. 1. de Hered. Pet.* quod firmat ratio in *l. 38. eod.* pro malæ fidei possessore allegata, quod *Petitor ex aliena jactura lucrum facere non debeat.* Sed in utilibus est discrimen; malæ fidei Possessor utiles impensas in hereditatem factas, quatenus res melior est, servat, *l. 38. de Hered. Petit.* Sed impensas utiles in rem singularem factas, nullo modo servare potest, verum licentia tantum ei permittitur, sine læsione prioris rei status, illos auferendi, *l. pen. in fin. h. t.* Tametsi hæc tollendi facultas etiam in necessario fallit, quando quis sciens novum alieno in fundo struxit ædificium; cujus rei rationem dedimus *in Part. I. Lib. 2. Tit. 1. n. 24.* Scilicet, est quidem materia ædificio impensa necessaria, quando ædificandi jus & institutum legitimum supponitur; verum, hoc ipso non jure, nec ulla urgente necessitate facto, non potest fieri, ut tigna lapidesque pro impensis necessariis habeantur, sed ut res plane superfluæ considerantur. Reliquam ejus rei disceptationem, executi sumus in *loco prædicto.*

13. Hæc ita de petitione rei, de fructibus eorumque collatione cum impensis. Exitus judicii, pro natura actionis arbitrariæ, de qua egimus *in Parte I. lib. 4. tit. 6. n. 32.* duabus constat partibus; Una, quod Judex arbitrium, hoc est jussum, causa cognita interponat, ut Reus rem restituat, cui si possessor pareat, bene est; si non pareat, sequitur condemnatio in aliquid majus, eoque casu jussus arbitriumque Judicis erat interlocutionis instar, & ultima condemnatio vim definitivam habebat, quemadmodum *citato loco* probavimus. Sed cum hac doctrina parum convenit, quod est scriptum in *l. 68. h. t.* Qui *restituere jussus Judici non paret, contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari, Officio Judicis, ab eo possessio transfertur.* Non habet igitur se jussus Judicis, quando reus non paret, ut interlocutoria, sicut alias diximus, & communis est doctrina, sed etiam tunc vim definitivam & executionis habet. Sequitur quidem adhuc *Condemnatio, sed fructuum duntaxat omnisque causæ nomine, d. l. 68.* de ipsa re petita nihil amplius agendum superest. Motus hac difficultate fuit Antonius Faber, *l. 6. conject. C. 17.* ut hanc legem

legem pro constitutione Principum, vel interpolatione Triboniani acceperit, qua proprietas actionum arbitrariarum sublata sit; eamque Triboniani sententiam variis urget incommodis, quæ summatim recenset D. Wissenbachius *ad h. t. th. 14.* refelluntur autem πικρῶς, ut solet, a Bachovio, *disp. 7. de Action. th. 7. & 11.* Sed videamus, quousque in hac lege recedatur a vetere doctrina actionum arbitrariarum. Jussum Judicis in rei vindicatione, præcedere condemnationem principalem, est in hac *ipsa lege 68. versiculis, si vero; si vero*: Sed hoc ex eadem colligitur, Judicem non semper fuisse progressum ad condemnationem, ob contumaciam non restituendi, sed aliquando jussum suum in continenti executum esse, quo Petitor sine mora rem suam recuperaret, ut sententia principalis de accessionibus tantum sequeretur. Sed in hoc præcipua difficultas vertitur, unde manus illa militaris, & unde illa Judici? Manum militarem veteribus incognitam fuisse, atque a Triboniano Legibus intrusam, contendit Faber. Sed nihil admodum, quo id probet, in medium profert, nec cur *legem* quoque *tertiam D. Ne vis fiat ei.* dicendum sit esse corruptam, ubi sic habetur; *Extra ordinem quis, jure suæ potestatis exequi oportere decretum suum, etiam per MANUM MILITAREM*; quia non cohortes aut legiones, sed ministri Prætoris armati, qui sunt instructi fustibus & gladiis, intelliguntur, vel etiam *adminiculum militare* quod dicitur, in *l. ult. C. de his, qui Latron.* & adhibetur, quoties *Civile adminiculum* ad executionem faciendam non sufficit, ut ait Martianus *in d. l. ult.* Sed tamen quod Judicis officio *in d. l. 68.* manus militaris adscribitur, non caret suspecti nota, quando satis constat, exequendi vim manumque armatam penes solos fuisse Magistratus, quem etiam ponit *d. l. 3. Ne vis fiat &c.* Nec ausim temere per Judicem heic, Prætorem intelligere, ut aliquando fieri, satis alioqui constat *ex l. 1. & l. 81. de Judic.* Nam jussus Judicis jubentis rem restitui, quam sequitur ablatio rei per manum militarem, dicuntur ejusdem esse *Judicis officii*, quorum prius sine dubio fuit Judicis proprie dicti atque pedanei; nec Prætoris interventus heic usum, ut videtur, habere potuit. Aut igitur Judicem hac in parte Prætoris opem implorasse, quod Bachovius ponit, aut manum agnoscere Triboniani oportet. Prius nullam habet probationis auctoritatem, & dicitur manus militaris *officio* Judicis adhiberi: quod multo melius juri Græco, quo Magistratus ipsi Judices sunt, quam veteri Latino convenire, non potest negari; utcunque Bachovius *belleborosos*, qui *in d. l. 68.* quicquam novi animadvertunt, appellet. Quicquid hujus rei sit, doctrina Juris, quæ est de Actionibus arbitrariis, quo minus ita se habeat ut olim fuit, per hanc *l. 68.* nihil impedimento est. Sed ego ita existimo: Ex hac *l. 68.* cum aliis textibus collata, naturam actionum arbitrariarum, hoc modo fuisse comparatam; Primo jussus Judicis, jubentis rem restitui, interveniebat, quod est *Arbitrium*, unde nomen huic generi actionum: Si possessor jussioni, quam nisi causa plene cognita fas non fuit interponi, pareret, pro sententia habebatur; Si non pareret, Judex animadvertebat, an in promptu esset, exequi Arbitrium. Si videret, rei copiam haberi posse, vim adhibebat armatam, ac ab invito possessionem auferebat, secutura dein sententia de fructibus & accessionibus. Si restitutio non posset fieri, per dolum possessoris præsentem, vel præteritum, damnabatur ille, secundum jusjurandum in litem; si absque dolo, in id quod vere Actoris interfuerit: nec enim in Rei vindicatione, sicut in Actione. Quod metus causa, adversus eum, qui arbitrio Judicis parere recusat, certa mulcta statuitur. Hæc sunt in *d. l. 68.* Et hoc addendum iis, quæ olim de Arbitrariis actionibus scripta sunt; *inprimis*, haud semper contumaciam non parentis arbitrio Judicis, pecuniaria condemnatione, sed & præsenti executione vindicari.

14. Verum quid si Possessor condemnatus ad restituendum, executioni se opponat, non vi, sed prætextu juris pignoratitii, ususfructus, superficiei, aut similis? Non potest evitare præsentem restituendi necessitatem, sed huic quidem sententiæ parere cogitur; suum vero jus, quod ipse adhuc habere se putet, nova, ac ut vulgo loquuntur, actione *cruda* persequi debet, ut sancitum est a Justiniano *in Nov. 18. cap. 10.* quam vocat, ποινὴν ἐν μεταστάσει τῆς νομῆς περιϊσταμένην, *pœnam in translatione possessionis consistentem.* Vereque de illa prædicat, eam esse μετρίαν καὶ φιλάνθρωπον, *mediocrem ac humanitatis plenam*, Nec aliud hodieque volunt Statuta, quæ jubent omnia defensionis media simul proponi; ne lites ex litibus prorogentur; quin nec aliam juris antiqui sententiam esse, *d. l. 68.* & rigor executionis, nec eludendæ vigor sententiæ suadere videtur; etsi lege certa forte minus terminatum, verum

στασιασθὲν ἐν δικαστηρίοις, *in foro varie disputatum*, ut ait in *pr. d. cap. 10.* Justinianus. Quod fieri solenne est in rebus, & ad compendia litium & præcidendas causidicorum ἀμβολιεργίας introductum.

Tit. II.

De Actione Publiciana.

I. Non esse Publicianam actionem e dominio Prætorio. II. Publicianam dari his, qui possunt usucapere. III. Conciliatio l. 9. *§.* 4. h. t. *cum* l. 31. *§.* ult. de Action. empt. *IV. Differentia hujus actionis a Rei vindicatione. Alia* remissive.

AD præcedentem titulum diximus, Rei vindicationem esse directam, vel utilem. Quid hisce terminis in Actionum doctrina contineatur, jam pridem explicitum tenemus. Directam esse Rei vindicationem, quæ datur ex dominio rei singularis, tam jure Gentium, quam jure Civili, est in *l. 23. de R. V.* Cum autem hæc Actio Publiciana sit in Rem Prætoria, posset aliquis ita existimare, dari illam ex dominio, quod juris Prætorii dicatur: sed non est ita; nam Publiciana datur ei, qui rem a non domino bona fide nactus, amisit, antequam dominio potiretur, *l. 1. in pr. h. t.* Estne igitur utilis Rei vindicatio? Nusquam ita, quod sciam, appellatur; nec est etiam talis; quoniam utilis saltem ex jure aliquo in Re proficiscitur, ut est superficies aut emphyteusis, de quibus *ad tit. sequ.* Dicendum igitur, quod sit in Rem scripta, & ex Æquitate a Prætore introducta, fere ut in *l. 32. de Reb. Cred.* & quemadmodum reliquæ Prætoriæ in Rem, de quibus agitur *in tit. Inst. de Action. Parte I. n. 7.* ubi de fundamento & de reliquis hujus actionis requisitis satis actum copiose, nec quod ibi dictum, hic animus est repetere. Si quid omissum, vel concisius dictum, videamus.

2. A parte Actoris eadem requisita, quæ sunt in usucapione, adesse debere, significat Ulpianus ex Marciano in *l. 7. §. 2. h. t.* dum eum, *qui a furioso emit, ignorans eum furere, posse usucapere. Ergo*, ait, *& Publicianam competere*, *l. 7. §. 1. h. t.* Sicut requisita bonæ fidei, justi tituli, & Traditionis factæ recensentur, & ante traditionem Publiciana dari negatur, in *§. ult. d. l. 7.* quia sine possessione nulla est usucapio, *l. 25. de Usucap.* Sicut igitur, qui est in statu usucapionis, non potest esse dominus; ita nec vero domino qua tali, Publicianam dari, res ipsa loquitur, nisi ille diffidens probationibus, potius præferre velit, se jure possessionis justæ, quam dominii professione niti, ut dictum *ad Inst.* & secundum quod ea, quæ Wissenbachius *ad h. t. n. 23.* accumulat, accepta, facile in rectam partem accipi possunt.

3. Contra quos detur hæc actio, satis & antea dictum, nisi quod de possessore b. f. cum titulo diximus, eum non teneri Publiciana, quia cum Actor nihilo plus habeat quam bonam fidem titulumque, possessor habens tantumdem, melioris est conditionis, qua semper in pari causa gaudent possidentes. Tantum si contingat, duos ab eodem non domino rem esse nactos, cui priori res est tradita, hunc præferri, & Publiciana rem a secundo evincere posse, traditur in *l. 9. §. 4. h. t.* cui opp. *l. 31. §. fin. de Act. Empt.* ad quam responsum *apud Institutiones* condixeram D. Thomasio, qui ἀντινομίαν esse dixerat; etsi cum in *pos. pen. ad h. t.* responsio collocata sit, ad eam ipse nihil annotaverit. Neratius in *d. l. 31. §. ult.* sic ait: *Uterque nostrum eandem rem emit a non domino; cum emptio venditioque sine dolo malo fieret, tradita que est, sive ab eodem emimus, sive ab alio, is ex nobis tuendus est, qui prior jus ejus apprehendit*, id est, *cui primum tradita est.* Mihi sic responderi posse videtur. In *l. 9. §. 4.* non memorari eundem casum, qui reperitur apud Neratium, nam hic non dicitur *alterum ex emptoribus possidere*, sed uter præferatur, is ne, cui priori res est vendita, an is, cui primum tradita fuit, sc. *adversus tertium possessorem*, ut casus fingi potest, quia non proponitur alius. Respondet indistincte, *qui prior rem apprehendit, primas habet partes*, sine discrimine, ab eodem, an a diversis non dominis rem sint adepti. At in *l. 9. §. 4.* ponitur, alterum esse possessorem, hunc esse potiorem, si a diversis non dominis, uterque rem traditam acceperint: Eundem si habeant auctorem, non jus possessionis, sed factæ traditionis esse spectandum; quam distinctionem Neratius negligit, si neuter in præsenti possideat, sed de πρωτοπραξία contra tertium laborent. In hac responsione magis est ut acquiescamus, altera in *Positionibus* collocata minus, ut nunc est, confidendum videtur.

4. Postremo negligenda non est differentia Publicianæ a rei vindicatione, quod illa de rebus incorporalibus etiam datur, ut est ususfructus & servi-

servitus prædialis, de quibus usucapionem esse nullam, satis constat, & in loco dictum est, *l. 11. §. 1. h.* in quibus idcirco non nisi improprie traditionem intervenire, res loquitur, & ab Ulpiano scriptum est in *d. §. 1.* Reliqua pete sis ex Parte priore *loco demonstrato.*

Tit. III.

Si ager vectigalis, id est Emphyteuticarius, petatur.

I. Exemplum utilis in Rem actionis hic tradi. II. Definitio emphyteuseos per articulos exposita. III. Ad utrum spectet Thesaurus in fundo emphyteutico repertus, ad dominum, an emphyteutam; disputatur pro domino. IV. Utile dominium minus recte appellari; argumenta adversa refelluntur. V. Persona, quibus emphyteusis acquiritur. VI. De modis emphyteusin constituendi. VII. Quomodo emphyteusis exercenda sit. VIII. Quatenus præscriptione acquiratur. IX. De duratione emphyteuseos. X. Modicitas pensionis, an propria sit emphyteusi, nec dari remissionem vectigalis ob casus fortuitos. XI. De modis finiendi emphyteusin. XII. Continuantur modi finiendi. XIII. An finita emphyteusi, meliorationes emphyteutæ debeantur.

SEquitur exemplum actionis in rem utilis, quæ datur *Emphyteutis*, quos non esse dominos, sed tamen in rem actione gaudere, scriptum est in *l. 1. §. 1. h.* alias a nobis ex parte probatum. Utile dominium qui vocant, non tam analogia juris, quam proprietate vocum terminorumque peccare, similiter demonstratum est ad *tit. I. de A. R. D. n. 25.* Ager Emphyteuticus in *Rubr.* dicitur *vectigalis*, a pensione, quam *vectigal*, præsertim in locationibus publicis, quæ frequentius quam privatæ in Emphyteusin cadunt, appellari constat; non minus quod Emphyteusis παρὰ τὸ ἐμφυτεύειν, i.e. *ab implantando* nuncupatam esse, manifestum est.

2. Definitur Emphyteusis, *contractus consensualis, quo dominus prædii sui fructum, & jus dominio proximum, alteri concedit exercendum, quamdiu pensionem solvet, §. 3. Inst. de Loc. cond. & l. 1. h.* Placet singula recensere verba, diligentius quam in *parte priore* factum, *Lib. 3. tit. 25. n. 5.* CONTRACTUS. Esse contractum medii generis inter emptionem venditionem & locationem conductionem, adeoque consensualem, bonæ fidei, denique juris gentium origine, potius quam Juris Civilis, & quæ ad harum rerum exegesin pertinent, exposita *Parte I. ad t. I. de Loc. Cond. n. 5.* non est quod heic repetamus. QVO DOMINUS. Sic enim est, quod Emphyteuta dominum habeat, *d. §. 3.* quod ipse dominus non fit, *d. l. 1. h.* quod opponantur Emphyteuta reique dominus, *l. 1. & seqq. C. de Jur. Emphyt.* quicquid de usu Principum Græcorum, suos Emphyteutas prædiorum dominos appellantium, probetur ex *l. 2. 4. 12. in fine, & l. ult. C. de Fund. patrim.* dix. *Parte I. lib. 2. tit. 1. n. 15.* PRÆDII. Sic est in *d. §. 3.* sed hujus tit. Rubrica meminit *agri* duntaxat. Prædium constat esse rusticum, vel urbanum, sed Emphyteuseos vocabulum ab ædificiis, in quibus nil potest ἐμφυτεύεσθαι, *plantari*, alienum esse videtur, atque in agris hoc genus Contractus plerumque frequentari, vox, & res, ac usus loquitur, & nigrum hujus tituli non minus quam Rubrica. Justinianus tamen in *d. §. 3.* indistincte loquitur de prædiis perpetuæ fruitioni datis, ut & in *l. 2. C. de Jur. Emph.* verb. *Licere eum a prædiis Emphyteuticariis repellere*, sed in *l. seq.* quod de emponematis cæterisque præstationibus habetur, ad agros potissimum pertinet. Rursus idem in *Nov. 120. §. 2.* expresse domus Emphyteuticæ meminit, quemadmodum & ædes vectigales memorantur in *l. 4. §. 26. D. de damn. inf.* Unde resultat hæc sententia, Emphyteusin proprie & ab initio pro fundis introductam, usu temporum ad domos fuisse productam, maxime veteres & crebris reparationibus obnoxias, ut est in *d. Nov. 120. c. 1. §. ult.* Sic etiam Thomasius *ad pos. 4. h. t.*

SCHOLIUM.

Distinguenda sunt tempora. Ab initio equidem concedo emphyteusin in agris fuisse celebratam. Sed successu temporis mores eum contractum extenderunt etiam ad alias res immobiles, ex quo natura contractus etiam conveniet ædibus. Wissenbach. ad l. 1. C. de jure Emphyt. p. m. 872. Struv. ad ff. h. t. *th. 25.*

3. FRUCTUS. Sub voce *fructus* intelligimus & usum, & jus percipiendi quicquid ex fundo & ejus occasione, maxime a plantationibus provenit, *l. 2. C. de jur. emph. d. §. 3.* De Thesauro pertinet ad hunc locum Quæstio, ad em-

emphyteutam, an ad dominum pertineat, de qua prolixe disputat Vinnius pro emphyteuta, ad *§. 39. Inst. de R. D.* ubi & nos, sed *remissive.* Wissenbachius noster in contrarium tendit ad *tit. π. de A. R. D. n. 13.* vultque dividi thesaurum inter dominum fundi ac inventorem, Emphyteuta præcluso: duplici ratione. 1. Quod Emphyteuta non sit dominus. 2. Quod jus habeat ususfructus, & Thesaurus ad fructum non spectet. Refellit ibidem argumenta dissentientium, quæ sunt ab utili dominio, & analogia damni particularis, quod cum Emphyteuta ferat, lucrum particulare non sit ipsi invidendum, cum utrumque sit a fortuna, tam Thesaurus, quam fatale damnum, *l. 63. §. 1. de A. R. D.* Est hæc e quæstionibus, de quibus in utramque partem διαλεκτικῶς ambigere & disserere possis, ut a nobis indecisa relicta sit *in Parte I. lib. 2. tit. 1. n. 30.* Memini, alias evenisse, ut magis in Emphyteutæ partes inclinare videremur. Rationes tamen pro domino minime spernendæ sunt; 1. Quia cum Thesaurus juxta inventorem ad dominum spectet, nec Emphyteutæ Domini nomen convenire, superius probatum sit, vix est, ut Juris Auctores thesaurum huic destinasse credantur. Accedit gravis autoritas Ulpiani in *l. 7. §. 12. Sol. matrim. fin.* ubi negat, thesaurum in fundo dotali repertum cedere marito, sed partem ejus dimidiam jure dominii perceptam uxori esse restituendam, idque ideo, quod Thesaurum in fructu non computari, sit manifestum: Atqui Emphyteutam, ubi de prærogativa dominii agitur, plus juris habere, quam maritum in fundo dotali, difficile dictu est, quatenus huic rotunde, secus ac Emphyteutæ, dominium adscribi constat, ex his quæ ad *tit. Inst. Quib. al. lic. n. 7.* exposita sunt. Cui addas velim, quod Emphyteuseos & vox, & institutum, propius ad usumfructum, quam dotale jus mariti accedit; proinde contra Emphyteutam fortius militat ratio de fructu, respectu thesauri, quam adversus maritum, in cujus tamen præjudicium Ulpianus hac ratione potissimum concludit; quod Thesaurus non sit in fructu. Parum refert, quid nos sentiamus; verum, ut nunc est, magis inclinat animus in partes domini, quam emphyteutæ; præsertim, quia rationes discrepantium vim juridicam minorem, quam dialecticam, habent. Nam quod ait Vinnius ad *d. §. 39. I. de A. R. D. ad Emphyteutam plenissima pertinet utilitas pari jure, quoad dominum,* minus valide respectu Emphyteutæ applicatur Thesauro, quam respectu mariti, ad quem nihilo minus plena pertinet utilitas, non modo pari jure, quo ad dominum, sed etiam ut ad dominum; non tamen ad jus thesauri valet, quia non censetur in fructu. 2. Vinnius. *Utilem in rem actionem habet Emphyteuta, etiam adversus ipsum dominum.* Sed tu responde, Maritum habere non utilem, sed ipsam rei vindicationem directam, nec in illo tamen hanc rationem efficere, ut Thesauri parte, quæ dominis competit, augeatur. 3. Vinn. *Emphyteuta longe distat a fructuario.* Sit ita, non magis vero quam maritus, & tamen huic ideo negatur Thesaurus, quia non est in Fructu. Habeant plus juris in aliis, in Thesauro non habere, satis ex hisce rationibus patet. Placet addere Mynsingeri ad eundem §. 39. argumentum, quod prima facie blandit r; sed ubi contrectas, frangitur. Desumptum est ex *l. 47. de Procur.* ubi procurator in *rem suam* habet utilem actionem, qua præfertur domino, cui directa datur: ergo similiter Emphyteuta, qui est utilis dominus, præfertur ei, qui dominium habet directum. Si valet sonus verborum plus quam rei momentum, valeret hæc ratio. Sed quid? Is, qui cessit actionem, alienavit eam, sola subtilitate juris sibi salva, qua non potest uti adversus eum, in quem omne jus suum transtulit. Hic autem Emphyteutæ dominus suum dominium ita retinuit, ut ei, in quem transtulit Emphyteusin, nec ipsum dominii nomen adscribatur.

4. Sequitur in definitione, ET JUS DOMINIO PROXIMUM. Sic loqui maluimus, quam utile Dominium, cum vulgo Doctorum, * per ea, quæ dix. *Parte I. de R. D. n. 15.* ut tamen de re minus quam de nomine sit quæstio. Verum non est de nihilo, servare proprietatem sermonis juridici. Utiles *Actiones* vocari, legalis est doctrinæ, causas actionum *utiles* vocari, non est Juridicum, ut illic probatum est: Sed contradicitur, satis Latinum esse nomen a re ipsa desumptum, quia contineat *omnem rei utilitatem.* Ve-

* Communis tamen fere Doctorum sententia est, Dominum Emphyteuseos habere directum, Emphyteutam utile dominium, idemque placuit D. August. *P. 2. C. El. 29. pr. verb.* Zudem so wird allein die erbliche Nutzbarkeit des Guts, utile Dominium, in den Erbzinßmann, Emphyteutam, gewandt, und behält der Lehn-Herr den Grund-Eigenthum, directum dominium, aber solches beydes, nehmlich directum & utile dominium, hat ein iglicher schlechter Zinßmann in allen solchen seinen Gutern. add. Carpz. *ad d. C. def. 1.*

rum

rum hanc etymologiam oppositio *directi* dominii perspicue refellit. Notum est, utiles actiones directis opponi, quia non directe veniunt e verbis legum propriave negotii natura, sed ad similes casus *utilitatis causa* producuntur: hoc nihil ad utilitatem perceptionis, quæ Emphyteutæ tribuitur, nisi & utiles leges, & utiles contractus, e quibus utiles dantur actiones, communisci velis. Duæ rationes contra tendunt; Prima, Emphyteuta rem, in qua jus ei competit, vindicare potest, etiam contra ipsum dominum principalem, *l. 1. h. t.* ergo & ipse dominus est. Sed videamus textum. Paulus; *Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus; quamvis non efficiantur domini, tamen placuit, competere iis in rem actionem adversus quemvis possessorem, sed & adversus ipsos municipes*, hinc ita colligunt; Cui datur actio in rem *utilis* contra dominum, hic etiam *utilis* est dominus. Respondeat Paulus: *Emphyteutæ competit in rem actio*, hæc est thesis, quam ponit; ei vero opponit hanc, *Emphyteuta non est dominus*, eamque perinde habet pro certa; sed negat hæc inter se pugnare, quia sc. actio in rem latius patet quam dominium, ut liquet ex Juris principiis, quæ docent, eam ex quolibet jure, quod *in Re* constitutum est, nasci & exerceri. Ratio altera, quam objiciunt, his verbis constat: *Emphyteutæ omnem rei causam omnemque fructum, non propter aliquam conventionem, uti contingit in locatione, sed ob jus, quod in re acquisivere, capiunt, commodumque in alios transferre possunt, quibus rebus dominii exercitio consistit.* Verum enimvero, si hæc usufructuario tam evidenter applicari possunt, ut nihil sit dissimile, satis constabit, exinde Emphyteutæ non posse dominium adscribi; Atqui usufructuarius capit omne rei emolumentum, non magis propter conventionem, quam Emphyteuta, & æque propter jus in re constitutum, æque etiam sui commodi in alium transferendi habet potestatem, quæ omnia sunt illius objectionis contenta. Atqui fructuarius tamen non dominus; ergo nec Emphyteuta. Si quis instet, Fructuarium non posse jus suum transferre in perpetuum, secus ac Emphyteuta; serviet responsio, quod perpetuitas ad dominii differentiam non spectet. Dominium est jus perfecte disponendi, quo caret Emphyteuta obnoxius alteri, sine cujus voluntate suum jus alienare nequit, *l. ult. C. de Jur. emphyt.* Quid magis dominio reclamat, quam conducere, præstare mercedem, amittere jus suum non soluto canone, neglecto consensu in alienando? Non negamus alioqui, jus Emphyteutæ aliquanto validius esse quam Fructuarii, licet iste gradus non variet speciem. Plane aliud discrimen se non prodit, quam quod a periculo damni particularis Emphyteutæ incumbentis dependet, eique respondet *l. 1. in fin. C. de jur. Emphyteut.* Unde nec eum ob impensas majores rem derelinquere posse, quod usufructuario licet, facile colligitur, *d. l. 1. in fin. & l. 64. ff. de Usufr.*

5. In definitione, ALTERI. Hac voce personæ, quibus Emphyteusis acquiritur, designantur. Atque ea parte tenenda distinctio, quod Emphyteusis vel simpliciter, vel certis personis constituatur. Quando simpliciter constituitur, transit ad quosvis hæredes, sicut in omni jure, quod in perpetuum conceditur, juris esse constat. Exceptio est in Ecclesiis domibusque religiosis; in quarum favorem constitutum est, ut emphyteusis earum alii concessa, non transeat ad heredes, nisi filii vel nepotes existant, ut nec ad tertium gradum specialiter extendi possit; excepto rursus, quod vir acquirens Emphyteusin, uxorem, & uxor virum comprehendere possit, ita ut Justiniano placuit, in *Nov. 7. c. 3. pr.* Quando Emphyteusis certæ familiæ relinquitur, cum istac familia durat, nec ultra personas ejus gentis extenditur, sic tamen, ut familiæ appellatio ad feminas etiam, atque ex feminis prognatos extendatur, arg. *l. 195. pr. & §. 4. de V. S.*

6. Sequitur, CONCEDIT; per Conventionem, *arg. §. 3. I. de loc. Cond.* Scriptura valde quidem usitata, non tamen absolute necessaria est, ut probat D. Wissenb. *ad l. 1. C. h. t.* Testamento constitutæ Emphyteuseos, nescio an exemplum in Jure nostro detur. Non est dubium tamen, quin Testator emphyteusin fundi sui per modum legati relinquere, & ita jus in re sua constituere queat, *arg. l. 26. de Pign. Act.* utrovis autem modo stabiliatur, danda est opera, ut diligenter a Locatione distinguatur, quod inprimis fit perpetuitate temporis, modicitate pensionis, melioratione & translatione periculi, quod est e damnis particularibus. Si tamen has pactiones non ita contingat exprimi, sola vox *Emphyteuseos*, in conventione vel Testamento adhibita, qualitates illas continet, aut si vernacule concipiatur,

ut

ut cuique linguæ proprium est; Belgis vocatur *Erf-pacht*, * *d. §. 3. l. 1. C. de Jur. emphyteut.*

7. AB EO EXERCENDUM. Exercitium emphyteuseos huc tendere debet, ut res melior fiat, idque definitioni a multis inferitur, nec potest negari, hoc fine Emphyteuses ab initio fuisse constitutas, ut agri steriles ac deserti a dominis in perpetuum colendi fruendique permitterentur, ut meliores fierent, eoque pertinent modica pensio, longum tempus, & jus dominio proximum, quod nemo facile modico in rem suam alteri concedit, nisi spes meliorationis id compenset. Non est tamen, quod de essentia hujus contractus id esse dicatur, utcumque Jus emphyteuticum simpliciter *melioratio* appelletur, in *l. ult. C. de Jur. Emph.* Sed quo minus locationi conductioni pactum meliorandi accedere possit, nihil impedimento est; ideoque ad specificam emphyteuseos differentiam referri non debere, palam est, ut recte demonstrat Sandius 3. 6. 10. vers. *opponunt Biltani.* Exemplum emphyteuseos, quod sine mentione meliorationis, & sine nomine emphyteuseos agnitum a Curia nostra Suprema, refert Nauta noster, esto hujusmodi; Curatores pauperum Bolswardienses, habebant aliquot jugera agri in prædio Sirxmano apud *Arum.* Eorum usum perpetuum concesserant possessoribus prædii Sirxmani, pro vectigali duorum ducatonum (valde modica pensione,) annuorum immutabili, sub lege commissi, ni solverent, absque ulla necessitate renunciationis faciendæ, id est ipso jure. Nomen contractus non erat expressum, nec meliorandi facta mentio, tamen habita est pro Emphyteusi. Nauta *decis. 130. MS. in fin.*

8. Ad exercitium quoque pertinet id quod quæritur; an solum exercitium, per longum, aut longissimum tempus continuatum, fit causa juris Emphyteutici acquirendi? Quod adfirmandum, quatenus omne jus 30. vel 40. annorum præscriptione potest acquiri, *l. 3. C. de Præscript. 30. ann.* modo adsit fundamentale requisitum omnis præscriptionis, etiam ejus, quæ longissimi temporis dicitur, ut possessor *animum sibi potius, quam alteri possidendi*, præ se ferat, *l. 2. C. eod.* Proinde si quis titulum conductionis per tempus utcunque longissimum, quin per quinquaginta vel amplius annos, prætulerit, hic Emphyteusin nullo modo acquirit, *d. l. 2.* cujus rei usum vidimus insignem superioribus annis in Frisia, cum pretia mercedesque agrorum, tempore primi & secundi belli Anglicani intermedio, notabiliter crevissent, plerique Rectores Ecclesiarum & Pastores, suis colonis, qui longissimo tempore mercedem ipsi eorumque antecessores solverant æquabilem, obnunciaverant agros, ni majores darent pensiones: hi præscriptionem & æqualitatem pensionis per immemoriale tempus opponebant; sed quia in cunctis eorum contractibus, seu consulto sive errore juris, conductionis titulus inveniebatur, omnes frequenter *condemnati* sunt. Alioqui, si titulus iste conductionis in monumentis contractuum non extitisset, æquabilis & uniformis pensio longi temporis, ad arguendam & acquirendam Emphyteusin suffectura fuisset, ut Sandius probat *d. l. 3. tit. 6. def. 10.* versic. *Sane si de titulo.* quem in hanc rem videsis etiam atque etiam.

9. In definitione, QVAMDIU: Spectat durationem Emphyteuseos, quæ in hoc comparata est, ut quamdiu pensio solvitur, jus ejus continuetur, *d. §. 3. l. 2. C. de off. rer. priv.* nec tamen hoc ita dixeris ad essentiam requiri, ut Emphyteusis nunquam ad tempus constitui possit, tametsi præter solitum & negotii consuetudinem, temporis accedat conditio, ut & Sand. noster probat *d. def.* v. *Quia a Sax.* Quin nec perpetuitas ita Emphyteusi naturalis est, ut locatio conductio in perpetuum facta cum Emphyteusi coincidat. Contrarium docet JCtus in *l. 1. §. 15. D. Exerc. act.* Ubi conductio tam ad tempus, quam in perpetuum fieri dicitur; quæ tamen idcirco non fit Emphyteusis, ut Sandius quoque notat *d. Def.* in fine.

10. Definitio subjicit, PENSIONEM: aliter Canonem, aut vectigal, ut in hoc tit. appellatur. Ex instituto Emphyteuseos, quod fere ad meliorationis finem comparatum est, satis apparet, modicam plerumque pensionem, sicut est, esse debere; cui accedit ratio periculi, quod Emphyteuta fert, de quovis damno, præter universum rei interitum, *l. 1. d. tit. C. de Jur. Emph.* quam rem secus in locatione conductione se habere, notum est. Nec tamen hanc differentiam ex iis esse, quæ semper locum habeant, existimandum est, si quidem pro meritis circumstantiarum fieri

* Saxonibus; Erbzins, Erbzins-Gut, quo nomine Emphyteusis distingvi solet a simplici censu, von einem schlechten Zins, oder Zins-Güte, *v. P. II. Constit. 39.* ubi in dubio fundos pro censiticis magis habendos esse, quam pro Emphyteuticis, constituitur. Veteri tamen Jure Germanico, inter Erbzins-Güter & Zins-Güter, non fuisse differentiam, docent Beyerus & Thomasius *ad h. t.*

potest,

potest, ut locatio conductio minorem quam Emphyteusis mercedem recipiat, quemadmodum vel ex usu nostræ Provinciæ constat. Raras habemus Emphyteuses agrorum, qui fere locationibus conductionibus exercentur, ut tamen domus agris impositæ frequenter ad colonos pertineant, quarum pretia domini finita locatione solvere coguntur, quæ in præsenti vilitate *agrorum sæpius* horum pretia adæquant. Quorum ut evitent solutionem, non gravantur domini veteres colonos exigua mercede retinere, ut Emphyteuseos liberæ pensio facile superior sit. Interim ex his verbis, *quamdiu pensionem*, sequitur, non licere domino vectigal augere, quandoquidem hoc semper uniforme censetur, cui primæva conventio perpetuum jus præscripsit ac stabilivit, *d. §. 11.* & *d. l. 1.* Sandius in dicta Decisione *versic. Quia a tempore.* Vox *pensionis* etiam requirit, ut moneamus, Emphyteutam in eo a conductore discrepare, quod hic ob insignem sterilitatem aliamve fortuitam causam, mercedis remissionem impetrare possit, quam Emphyteutis permitti, ratio non patitur, quia damnum particulare, quod citra totum rei interitum accidit, Emphyteuta fert, *d. l. 1. C. h.* quod procul omni dubio ad sterilitatis incommodum est referendum. Nec obstat *l. 15. §. 4. ff. Loc.* ubi de remissione sterilitatis causa cum agatur, hæc verba sequuntur; *idem & in vectigalis damno:* nam hæc verba ad ultimum præcedentis periodi membrum pertinent. Nec enim ibi de remissione ex necessitate facienda; sed de revocanda remissione facta, comparatio instituitur. In hypothesi fit equidem, ut durius aliquando habeatur, emphyteutam ad solvendum vectigal condemnare, quando casus fatales eum omni agrorum cultu prohibuerunt: qua de re cum in Senatu Supremæ Curiæ inter partes prænobiles ageretur, memini serio disceptatum. Emphyteusis erat agrorum palustrium, unde cespites effodiuntur in finibus Frisiæ, qui anno 1672. & 1673. infestati erant ab hostibus Groningam obsidentibus & Stenovicum tenentibus, ita ut agri penitus inculti jacuissent: Vectigalia tamen istorum annorum ab emphyteutis petebantur. Condemnari debebant, & condemnati sunt, verum ægre, non paucis existimantibus, apices juris in hypothesi non semper, neque tum urgendos esse videri.

11. Sequitur in definitione, SOLVET. Ad hoc ultimum verbum referri possunt modi finiendi Emphyteusin, qui sunt, 1. Si Emphyteuta, toto triennio non solverit vectigal, *l. 1. C. h. t.* In locatione conductione biennium præfixum est, *l. 56. de Loc.* Emphyteusis quo juris validioris, eo durabilior est. In Ecclesiæ tamen favorem, placuit etiam biennium in ipsa Emphyteusi, *Auth. qui rem. C. de S. S. Eccl.* ex *Nov. 7. c. 3. §. 2. Nov. 120. c. 8.* Sic autem lex est; cessatione triennali Emphyteuta *jure suo cadit*, *d. l. 2. C. h.* nec aliud ad jus commissi, quam *si dominus eum expellere voluerit*, requiritur, in *d. l. 2.* Nec videtur admittenda, quam Wissenbachius habet ad *h. t.* exceptio, *nisi neget Emphyteuta, jus suum esse commissum.* Haud facile enim, qui non id obtendat, invenietur Emphyteuta reliquator; Atqui tum causæ cognitione, sententiaque opus est, * ait Vir Cl. quasi non eadem opus sit in omni nullitatis querela, ubi de facto disceptatur. Nec tamen deest usus nullitatis, in eo, quod cum Emphyteuta cadat jure suo vi legis ipsa, triennio elapso, moram nullo modo purgare potest, per *d. l. 2.* ut & *l. 2. C. de Fund. patr.* quod tamen aliter jure Canonico in Emphyteusi Ecclesiastica placuit, *c. potuit. X. Locati.* Quin ex eadem ratione dicendum, etsi dominus post triennium sine protestatione vectigal accepit, eum nihilominus Emphyteutam expellere non prohiberi, cum, quod ipso jure commissum est, ex post facto sine valida causa restitui neque-

* Non est quod sine ratione hoc a Wissenbachio additum existimet Autor; multi enim JCti olim defenderunt, ipso jure Emphyteusin, non expectata judicis sententia, ob canonem suo tempore non solutum, amitti, *v. P. 3. C. El. 38. verb.* Wiewol fast vieler Rechtgelehrter Beschluß dahin gehe, daß ein Erbzins-Mann in denen Fällen, da man gewiß ist, &c. sich dessen ipso jure verlustig mache. In qua hypothesi fuerunt Jason *ad l. 2. C. de Jur. Emphyteut.* Jul. Clarus *Sentent. l. 4. §. Emphyteusis. n. 9.* aliique citati Carpz. *ad d. C. def. 1.* Contrarium tamen rectius asseritur a Wissenbachio, idemque etiam Legislatori nostro placuit *d. C.* ex qua apparet, causam hanc privationis emphyteuseos, ordinario apud nos Processu esse tractandam, verb. Dißfalls ein Processus ordinarius und ordentlicher Sentenz, &c. ut & qualitas prædii Emphyteutici probetur, & emphyteutæ exceptiones suas allegare permittatur. Unde ne quidem Dominus Emphyteuseos, qui simul Dominus Jurisdictionis est, absque Processu Ordinario Emphyteutam expellere potest. Carpz. *def. 2.* qui & *def. 10.* monet, privationis pœnam cessare, si emphyteuta justas non factæ solutionis causas reddiderit, e. g. si adversus Dominum directum, tanquam debitorem suum, compensationis beneficio uti potuerit,

at. Quid autem, qui pecuniam sibi debitam recepit, an ille jus sibi quæsitum hoc ipso amittet? Contrarium satis clare scriptum est in *Nov. 70. c. 8.* ubi: *Damus licentiam, quæ debentur pro præcedente tempore, exigere: & ejicere eum, qui per biennium non intulerit, quod promissum est de Emphyteusi.* Nec quid D. Wissenbach. ex *d.l.2.* in diversum collegerit argumenti, indicat ipse, vel perspici potest. Tutius igitur est, sequi dissentientes ab illo, non quod numero majore, sed ratione meliore nitantur. Cæterum, quod de licentia expellendi Emphyteutas, si dominus velit, habetur in *d. l. 2.* non est dubium, quin de legitimo tramite viaque juris accipiendum sit, ut in toto jure singulis non conceditur, quod tumultus occasionem præbere posset. Carpz. *P. 2. contr. 38. def. 9.*

12. Opus est, reliquos addere modos Emphyteusin finiendi. Secundus igitur modus est, si Emphyteuta jus suum ejusve partem titulo venditionis, ignaro domino, in alium transtulerit, * *l. 3. C. h. t.* Si alio quam venditionis titulo transtulerit Emphyteusin, nulla commissi pœna reperitur in *d. l. 3.* sicut olim vectigales agros legari, donari, permutari, pignorari, in solutum dari, domino inconsulto, licuisse constat, *l. 71. §. fin. de leg. 1. l. 17. §. ult. de Pign. act. l. 28. de V. S.* nec deest ratio, cur venditionis titulus maxime sit prohibitus. Duplex enim jus debetur domino in casu translationis. Primo, quinquagesima pars pretii,. quod pro consensu domino debetur, vulgo *Laudemium.* ** Secundo, datur domino jus προτιμήσεως, sive prælationis ante alios omnes juris Emphyteutici licitatores: quibus privilegiis non nisi in emptione venditione locum esse, manifestum est. Tertio finitur hoc jus, si Emphyteuta non præstiterit *apochas publicarum functionum*, i. e. pro tumore eloquentiæ Tribonianeæ, si tributa fundi, perinde ac pensionem, publico non solverit, *d. l. 2.* Numquid etiam certi temporis solutioni Tributorum, & commisso ex hac causa, definitum habemus? Nihil apparet. Ergone & huic cessationi triennium videtur esse præscriptum? Dic potius, ubi Fiscus ipsum prædium hac causa aggreditur, cedere commissum hoc, vel quando monitus instanter Emphyteuta, procax moræ deprehensus est. Postremo amittitur Emphyteusis, male utendo, ac rem faciendo deteriorem, quo nihil magis Emphyteutæ officio, ac hujus instituti, quod ad meliorationem spectat, scopo contrarium esse potest, *Auth. qui rem* & *Nov. 120. c. 8. arg. l. 3. in fin. C. Loc.*

13. Emphyteusi finita, si quidem absque culpa, præstandas ei esse meliorationes, i. e. impensas quibus res melior facta est, vult ratio, & *arg. d. l. 2.* at si per culpam jure suo cadat, amittit pariter meliorationes, sine distinctione, fueritne ad eas obligatus ex lege contractus, nec ne. Textus enim indistincte loquitur, *Nov. 70. c. 8.* ubi sic habetur: *Non valentem de emponematis actionem aliquam movere*, ubi de finita per culpam Emphyteusi locutus erat. Vulgo tamen ex bono & æquo receptum est, ut meliorationes, quas supra legem contractus fecit, ei concedantur, qua de re vide Sandium *l. 3. tit. 6. def. 6.* Aliter D. Wissenbach. *th. ult. h.*

Si Dominus voluntatem suam de revocanda emphyteusi propter cessationem triennalem non declaraverit, heredes ejus non posse emphyteutam expellere, statuunt Carpzovius *part. 2. Const. 38. def. 9.* & Berlichius *pract. Concl. P. 2. 46. n. 15.* Idem est, si Emphyteuta cessator sit mortuus, heredes ejus emphyteusi propter moram defuncti non possunt privari; Berlich. *ibid. n. 14.* idque a pragmaticis Scriptoribus unanimiter utrumque receptum esse, testantur: Etsi, cum jus hoc sit ex

* Hæc pœna apud nos haud facile obtinebit, cum enim ea locum non habeat, nisi alienatio traditione, & quidem jure Saxonum judiciali, plene fuerit consummata, Carpzov. *P. 2. C. 38. d. 13. n. 2, & 6.* hæc autem resignatio dominii imprimis, quando dominus directus cum Jurisdictione investitus est, ipso ignorante & invito, vix possit fieri, ante traditionem judicialem imperfecta adhuc alienatio, post eam vero valida, veluti Domino consentiente facta, censebitur, fac. *Dec. El 61.* Struv. *Dec. Sabb. 4.* Heig. *P. 2. qu. 18. n. 12. sqq.*

** Laudemii quantitas apud nos non ubique eadem, ac haud raro vigesima, imo & quandoque decima pars est pretii. Carpzov. *P. 2. C. 39. def. 12.* Id. *l. 1. Resp. 90.* Struv. *Synt. Jur. Feud. c. 10. aph. 12. num. 9.* Franzk. *de Laudem. c. 23. n. 13. sqq.* Ab illius autem præstatione Jure nostro liberantur descendentes, utpote prima investitura comprehensi. *Constit. El. Nov. 1.* §. Deßgleichen. Carpzov. *l. 1. def. 21.* Richt. *Dec. 83. n. 29. seq.* reliqui omnes, ut collaterales, it. heredes extranei, legatarii & donatarii, non æque. *d. Const. Nov.* §. Wann aber. §. Solche. Struv. *Synt. Jur. Civ. Ex. 11. th. 69.* Carpzov. *l. c. def. 19. & 20.* sedulo tamen hic ad singulorum locorum consvetudinem respiciendum esse, idem monet *def. 22.* j. Menck. *Tract. Pand. Synopt. p. 124.*

lege

lege contractus, in diversam partem disputari posset. Illi hoc ut pœnam potius legalem & rem mere personalis affectionis considerant. Mynsing. *Centur. obs. 3. 97. n. 2. sub fin.*

Si quis per totos XXX. annos non solverit canonem, si titulum tamen non mutaverit, cum emphyteuta maneat, nec animum domini præ se ferat, ejus quoque præscribendi initium facere non potest, ideoque manet tamen canoni in futurum solvendo subjectus, ut probat Wesenbec. *ad h. t. sub fin.* Fachinæus 8. *Controv. c. 99.* Ac ita consultus e Drentia in causa Revisionis respondi XII. *Jun. 1688.* Quin etiam pensiones præteritas annorum XXIX. peti posse, quia præscriptio pensionum annuarum longissimi temporis, ponenda non sit una, quasi juris universi; sed a singulis annis est ducenda, ut tot sint præscriptiones, quot sunt anni, * *l. 7. §. ult. C. de Præscr. 30. ann.* Gail. *2. obs. 73. a pr.* indistincte, e contractu, an testamento sit. Mynsing. *cent. 2. obs. 13.* ac ita in dicta causa respondimus.

AD

LIB. VII.

Tit. I.

De Usufructu, & quemadmodum quis utatur fruatur.

I. Continuatio & remissio. II. Quo sensu Ususfr. Pars dominii dicatur, & usus illius prædicati. III. Sententia quod sub legato fundo ususfr. continetur, ab aliquot objectionibus liberatur. IV. Modi usumfructum constituendi plenius expositi. V. De ususfr. sub conditione, & pro parte relicto. VI. De limitatione ususfr. generalis, & an bona futura comprehendat. VII. De Solutione æris alieni hoc casu. VIII. An ususfructus mutetur in proprietatem data potestate alienandi, vel prohibitione illius. IX. Vel Servitutis altius non tollendi. Ubi de sensu L. 19. h. t. *X. Officium & jus fructuarii in rebus exercendis. XI. An rem aliunde sustentare debeat usufructuarius, exemplo rei judicatæ, proponitur. XII. An impensas litium de fructibus ferre debeat. XIII. An ædificium extruere possit in fundo.*

Absolutæ sunt actiones in rem corporalem, sequuntur Servitutes, de quibus non modo actiones in rem, sed etiam *vindicationes* dari dicuntur, *arg. Rub. ff. si serv. vind.* Nota est differentia Servitutum in reales & personales, quarum tractatus ad *Institutiones* præsumptus & occupatus est. De realibus actum illic est primo loco, secus ac in Pandectis fieri videmus, quoniam heic Rei vindicationi subjunguntur, ad quam fructuum & ususfructus consideratio notabilius quam ad *tit. de Servitutibus* spectat. Sicut e contra in *Inst.* post res incorporales, Servitus realis, quæ simpliciter servitutis nomine designatur, proxime se offerebat.

2. Personales Servitutes sunt tres, Ususfructus, Usus, & Habitatio, nisi quartam addere velis speciem, quæ est, operæ servorum. De usufructu habuimus definitionem, ejusque exegesin, divisionem, modosque constituendi, & quibus finitur. Heic igitur de spicilegio videndum. Ususfructus adeo proprietati affinis est, ut etiam in multis casibus dominii pars esse dicatur, *l. 4. h.* id est non semper ut jus a dominio separatum, sed frequenter ut pars integrans dominii pleni consideratur, quemadmodum ad *tit. Inst. de Usufr.* demonstravimus, ut ita non obstet exceptio, quam D. Wissenbach. *th. 2.* movet adversus hanc responsionem, *non multis*, inquit, *ut ait l. 4. sed in cunctis casibus procedit, ut ususfructus eo sensu pleni dominii partem constituat.* Nobis Accursii potius, quam ille præfert, responsio textui repugnare videtur. Ait enim ille, sensum *d. l. 4.* esse, usumfructum in multis casibus similitudinem & effectum obtinere dominii, ut usufructuarius quandoque pro domino habeatur. At hanc expositionem proprietas verborum, *pars dominii est*, nequaquam admittit. Prior explicatio pariter intellectum *Legis 63. h. t.* suppeditat, ubi Paulus; *Is, qui fundum habet*, inquit, *quanquam usumfructum non habet, tamen usumfructum cedere potest.* In promptu est objectio, non posse fieri, ut aliquis det, quod non habet, *l. 54. & 120. de R. J.* Sed habet do-

* In Saxonia tota obligatio una præscriptione, lapsu scil. annor. 31. 6. sept. & 3. dierum, tollitur, sive ea ex contractu, sive ex ultima voluntate descendat. *P. 2. C. El. 2. j.* Carpzov. *ib. def. 7. & 1.* ubi in præscriptione redituum annuorum, qui ex pacto de retrovendendo solvuntur, aliud ait obtinere, add. Heig. *P. 1. qu. 16. n. 55. sq.*

dominus usumfructum, qui pars dominii est; hic a dominio separatus & alteri concessus, fit servitus ejusdem nominis, in *quo formali*, ut sic loquar, dominus eum non habuit, ac ita quod non habuit, cedere dicitur in *d. l. 63.* quam ita de causali, quem vocant, usufructu intelligimus;

SCHOLIUM.

Si de causali *Usufructu intelligendus est JCtus* in d. l. 63. *tunc præsupponit casum, quo cedens solam proprietatem habuerit, alius vero usumfructum. Sed & hic tamen duplex poterit casus subintelligi: Unus, quo cedens, qui usumfr. non habet, possit tamen una cum proprietate cedere alteri usumfructum, hoc est, jus recipiendi usumfructum ad proprietatem, si penes usufructuarium iste fuerit extinctus. Alter, quod proprietarius, usufructu apud tertium nondum extincto, possit cedere cessionario eundem absque proprietate, ut servitutem, sed inchoandam demum, si eandem prior usufructuarius amiserit. Et hunc casum videtur in mente habuisse Autor.* Vide posit. 5. hic. *Verum simplicius* * *& forte commodius explicari potest* d. l. 63. *de usufructu formali, ut sensus sit: Dominum, qui una cum proprietate habet potestatem utendi re sua, quamvis usumfructum ut servitutem non habeat, posse tamen ad alterum cedendo transferre servitutem usufructus.*

RESPONSIO.

Nisi fallor, est nodus in scirpo, cujus explicatio desinit in nostrum sensum; quem modo explicitum dedimus. Videtur putasse Thomasius, me usumfructum, qui ceditur, in d. l. 63. *habuisse pro causali: Sed intelligo, cedentem non habere usumfr. formalem, quem cedit; habere tamen causalem, qui dicitur, atque ita non habere, quod ceditur, & tamen habere quod cedit.*

N. ADDIT.

Imo potius Autor parum apta applicatione usufructus causalis ad d. l. 63. *crucem mihi fixit, & in præsenti explicatione magis se implicat quam explicat. Si, ut nunc intelligo, mea explicatio in ultima coincidit cum sententia Autoris, nihil mihi facilius erit, quam ostendere, Autorem mentem suam parum concinne exposuisse, dum dixit,* d. l. 63. *loqui de usufructu causali. Age videamus. Ait Paulus;* Is, qui fundum habet, quanquam usumfructum non habet, *(Hic non potest intelligi usufructus causalis, sed formalis. Nam causalem utique habet is, qui fundum habet, sed formalem, i. e. servitutem, non habet,)* tamen usumfructum cedere potest. *(Nec hic loquitur de usufructu causali. Etsi enim hunc habeat Dominus fundi, tamen eum non cedit, nam alias usufructuarius acciperet particulam Dominii; cedit ergo formalem.) Et minus pertinenter salvare vult Autor doctrinam suam per distinctionem inter id quod cedit Dominus, & quod ceditur. Nam idem jus esse debet, quod alter cedit, & quod alteri ceditur. Neque enim aliud jus Cessionarius potest habere, quam quod alter ipsi cessit. Rem declaremus alio exemplo, substituamus saltem servitutem prædialem loco usufructus.* Finge, Paulum dixisse: Is, qui fundum habet, quamvis servitutem itineris non habeat, tamen servitutem itineris cedere potest. *Hic sane recte quis ita loqueretur, & si nulla distinctio inter servitutem itineris causalem & formalem eo applicetur. Nimirum turbavit, ut apparet ex præcedentibus, Autorem regula juris, non posse fieri, ut aliquis det, quod non habet. Hujus vim ut tollat, putavit sibi opus esse distinctione inter usumfructum causalem & formalem. Sed absque urgente ratione. Simplicius respondetur, eam regulam valere saltem de dominio rerum corporalium, non de aliis juribus; Non de juribus aliis realibus. De servitutibus jam vidimus. De pignore eadem est ratio. De juribus ad rem similiter dicendum. Dominus rem suam non habet locatam, non depositam, &c. & tamen per consensum efficit, ut alius depositam & locatam habeat,*

* Paulus in d. l. *Quod nostrum non est, transferemus ad alios, veluti is qui fundum habet, quanquam usumfructum non habet tamen usumfructum cedere potest.* Huberum rem hic magis implicare, quam explicare existimo. Illustri Thomasio placet casus in Scholio ab ipso allatus tertio loco; Mihi ex reliquis secundus, quem a Gothofredo quoque in notis allatum video. De simplicitate casuum JCti illi parum fuere solliciti, & est hic ex Pauli libro singulari de Jure singulari. Forte & sua simplicitate idem gaudet, quod intricata distinctione & incommoda in usumfructum causalem & formalem, opus non habeat. Servitus usufructus non est penes proprietatis dominum, cedit tamen eam tertio in opem consolidationis futuræ, & ita quod ejus non est, transfert in alium. Sophista enim videtur Paulus ex dissentientium opinione explicatus: non habet usumfructum, (formalem,) cedit tamen usumfructum (causalem.) Et hunc habuit; ergo fallit regula, transferri, quod quis non habet. Neque rectius dicent: non habere usumfructum (formalem,) cedi tamen (formalem.) Quis quæso cedet quod non modo non habet, sed quod ne quidem est. *Quod nostrum non est*, ait Paulus; hoc vero est id, quod est aliorum, ut in nostro casu, usufructus, qui jam est penes aliquem. Ex opinione adversæ partis dici conveniebat, transferri ad alios quod non est.

beat. De iure perſonarum eadem ratio. Nemo habet jus paternitatis, item dominium in ſe ipſum. Et tamen per conſenſum in alium transferre poteſt jus paternitatis, item moribus Germanorum jus dominicum. Ita populus eligendo regem conſtituit hoc conſenſu jus Majeſtatis, etſi majeſtatem in ſe non habuerit ante. Latius ea de re diſputavimus alibi.

Nec vero χρῆσις illa, qua Uſusfr. pars fundi dicitur, uſu caret; hinc enim qui pactus eſt, ne fundum petat, uſumfructum petens exceptione pacti ſubmovetur, *l. 27. §. 8. de Pact.* & qui uſumfructum fundi ſtipulatus eſt, ſi deinde fundum petat, perinde facit, ac ſi primo partem, deinde totum ſtipularetur, *l. 58. de V. O.*

3. His adde, quod cum uni legatur fundus, alteri uſusfructus fundi, legatarius in uſufructu concurrat, *l. 6. de Uſufr. ear. rer. l. 19. de Uſufr. leg. n. 3. in f. de Uſufr. accr.* ut jam diximus ad *Inſt. h. t. l. 2.* At huic articulo videtur obſtare, quod in judicio familiæ erciſcundæ, quando judex uni fundum, alteri uſumfr. adjudicavit, is, qui fundum habet, uſumfructum non participat, *l. 16. §. 2. Fam. erc.* Sed ratio differentiæ perſpicua eſt, quod Judex æqualitatis ſervandæ causa rem ita partitur, ut unus proprietatem, alter uſumfructum habeat, quod ni præciſe ſervaretur, æqualitas diviſionis everteretur. Ad objectiones alias ex *l. 10. & l. 19. de Uſufr. leg.* reſpondet D. Wiſſenb. *th. 4.* verum ibi deficit reſponſio ad *l. 13. §. 2. de Accept.* ubi, qui fundum ſtipulatus eſt, uſumfr. acceptum ferre nequit, etiamſi fundo promiſſo, uſusfructus, ut diximus, debeatur. Hoc ideo fit, quia neceſſe eſt, acceptilationem convenire cum obligatione, quod non fieret, ſi is, qui fundum ſtipulatus eſt, uſumfructum accepto ferret, quia uſusfructus nec ipſe fundus eſt, neque pars fundi, proprie ſcil. ac formaliter, ut diſerte habetur in *d. l. 13. §. 2.* juncta *l. ſeq.* Cæterum, non eodem, quod uſusfr. ſæpe dicatur pars dominii, referendæ videntur omnes Leges, in quibus ſub uſufr. dominium intelligitur. Id enim ex aliis potius teſtatorum verbis, quam uſusfr. vocabulo colligitur, velut in *l. 34. §. 7. de Leg. 2. l. ult. de Uſufr. ear. rer.* adde *l. 4. §. 1. & l. pen. §. 1. de Adim. leg.*

4. Porro, quæ conſertim uno loco in *Parte I.* habuimus, ea per diverſos ſparſa titulos in hoc libro exhibentur. Præſens Rubrica duas continet partes, quarum prima de *Uſufructu*, altera *Quemadmodum quis utatur fruatur.* Pars prima conſtat exegeſi definitionis, diviſionis, & modis, quibus conſtituitur ac finitur uſusfructus, de quibus omnibus dicta Parte priori, non repetimus. Verum de Conſtitutione uſusfructus articulum minus plene Juſtinianus peregit. Dicamus igitur, conſtitui Uſumfr. bifariam, facto, vel lege ſola, id eſt immediate. Factum hominis, quo uſusfructus ſtatuitur, quadruplex eſſe videtur. Primo, per Teſtamentum aliamve ultimam voluntatem, *l. 3. pr. h.* Secundo pactionibus & ſtipulationibus *d. pr. l. 3.* Tertio, per ceſſionem in jure factam; qua de re Ulpianus *Fragm. tit. 19. §. 10.* Quarto, per officium Judicis, quando in Judiciis fam. erciſcundæ & communi dividundo, judex alii uſumfr. alii proprietatem adjudicavit, *l. 6. §. 1. h. t.* Per legem immediate conſtituitur uſusfructus, I. Præſcriptione longi temporis, *l. ult. in fin. C. de præſcr. long. temp. arg. l. ult. C. de Servit. l. 10. Si Servit. vind.* Joh. de Caſtill. *Tom. 1. lib. 1. de uſufr. c. 68. a pr.* Idque ſine ſcientia domini, quando titulus eſt a non domino, *d. l. ult. in fin.* ſecus, quando per domini patientiam acquiritur, *arg. l. Si egr. 11. §. 1. de Publ. in rem act.* Caſtill. *ibid.* Brunnem. ad *d. l. ult.* Ita reſp. de herede, qui paſſus erat, uſufructuariam uti frui bonis ſibi per fideic. reſtituendis, cum ipſe haberet beneſ. inventarii, idque per 20. annos, 18. Aug. 1682. Patri in bonis liberorum adventitiis* & maternis, jure patriæ poteſtatis, *§. 2. Inſt. Per qu. perſon. cuiq. acq. l. 6. §. 1. & t. C. de Bon. qu. lib.* II. Parentibus, qui ad ſecunda vota tranſierunt, ** uſusfructus legalis injungitur in rebus, quas a priori conjuge, vel prioris conjugii liberis

* Circa Uſumfructum patris idem, quod Jure Civili conſtitutum eſt, in Saxonia obtinere, dictum fuit ſupr. *P. 1. p. 23.* Cæterum haud pauci Doctores contendunt, ſecundum Jus Saxonicum Commune, poſt mortem Patris Matri, quæ liberis alimenta ſuppeditat, eorumque tutelam ſuſcipit, jus uſusfructus competere. *4.* 𝔏. 𝔐. *lib. 1. art. 11* Richt. *dec. 18. n. 11. ſq.* Id. *Velitat. Acad. Diſp. V. th. 5.* Struv. *S. J. C. Ex. 12. th. 5.* Berlich. *P. 2. Concl. 12. n. 11. ſq* Schilt. *ad ff Ex. III n. 11. ſq.* donec ſecundas nuptias contrahat, Richt. *d. Dec. n. 40.* Sed ſicuti rationibus hujus opinionis dudum ſatisfecit Carpzov. *Tr. de Jur. fœmin. ſingul. Diſp. 2. poſ. 4. & ad P. 2. Conſt. El. 10. def. 13. it Libr. 6. Reſp. 70.* ita in Electorali Saxonia uſumfructum, tanquam effectum poteſtatis Patriæ, matri prorſus denegavit *Dec. El. 62.* ad quam confer. Philipp. *Obſ. 1. n. 25. ſqq.*

** Hanc pœnam ſecundarum nuptiarum in Saxonico foro non obtinere, monitum fuit *ſupr. P. 1. p. 24.* add. Carpz. *P. 3. C. 14. def. 5.* Brunn. *cent. 4. dec. 58.*

acceperunt, *l. 3. C. de Sec. Nupt.* quod moribus quarundam gentium productum est ad omnia bona, quæ parentes binubi tempore secundarum nuptiarum habuerunt, quod appellant jus DEVOLUTIONIS in Brabantia vicinisque regionibus: unde celebris belli Gallo-Hispanici nostra memoria prætextus, quasi Philippus IV. Hispaniæ Rex, cum transiret ad secundas nuptias, ditiones, quas tunc habebat, dominio tenus amisisset, usufructu tantum retento, & proprietas filiæ ipsius regi Galliarum nuptæ cessisset, qua de re libri utrimque extant animosi. *

5. Modus constituendi Usumfr. duas recipit observationes: Primam, quod tam sub conditione, quam pure; Alteram, quod etiam pro parte constitui queat, *l. 5. h. t.* Quando autem sub conditione legatur, non potest alibi esse, quam apud proprietatem; unde si quis heredem instituerit & fundum legaverit, detracto usufructu, eundemque usumfr. tertio sub conditione reliquerit, quæsitum est, ubi pendente conditione, futurus sit usufructus: Nam apud proprietarium esse nequit, quia fundus ei, detracto usufructu, legatus est, nec apud heredem esse potest, quia testator id noluit: At quia hic nec usumfructum nec fundum habet, ergo tamen apud legatarium residere debet, invitis verbis *detracto usufructu*, necessitate juris, quæ aut detegit aut supplet voluntatem testatoris, *l. 4. ✠. Si usufr. pet.* quam L. quod Bernardus Autumnus in Censura sua ad *d. l. 4.* arguit absurditatis, melius arguit ipsum in affectata Juris Romani censuræ gloria, absurditatis. Porro, quod pro parte constitui potest Usufructus, *l. 5. pr. h.* etsi de servitutibus contra placuerit, *l. 11. pr. de Servit.* non habet obscuram differentiæ rationem; Servitus enim in patiendo vel non faciendo consistit, & incorporalis est, tam in sese quam in exercitio considerata, & sic divisionis incapax: Sed Usufructus in se quidem JUS est, ideoque incorporalis; sed in effectu exercitioque totus corporeus, edens fructus palpabiles & divisibiles, cujus eventus ratione, dividuus ipse dicitur, *l. 19. de Us. & hab. l. 1. §. 9. l. 81. ff. ad L. Falc.*

6. Divisionem Usufructus in generalem & specialem cum prioris speciei limitationibus, habes *Part. I. ad d. t. l. n. 6.* quæ fuere, ne dodrantis æstimationem excedat, nec oneret Legitimam, ex *l. 29.* junct. *Nov. 18. c. 1.* Additur a quibusdam, ne minuatur portio conjugi superstiti ex Statuto debita, item, ne quid detrahatur bonis ex fideicommisso restituendis. Prior limitatio nullam habet difficultatem: posterior ab aliis non admittitur; utique si restitutio facienda sit hæredibus, qui voluntatem defuncti agnoscere coguntur, qua de re Sandius noster agit *l. 4. 4. 9.* Nec dubium est, quin si Testator bona fideicommisso subjecta heredique restituenda, diserte sub usufructu generali comprehendat, heres ad parendum teneatur. Verum, quando Testator generalibus omnium bonorum verbis usus est, an tunc heres legatario usufructus generalis, bona per fideicommissum sibi restituenda concedere debeat, commodius ad *tit. de Usufr. leg.* considerabimus. Illud heic addi velim de Usufructu, an sub illo bona futura comprehendantur. Distinguendum videtur, inter certarum rerum, & omnium bonorum usumfructum. Si prius, ut si dicat vestium mearum, auri argentique mei, vel librorum meorum, non videntur eorum generum species futuræ comprehendi, per *l. 7. de aur. arg. leg.* In usufructu omnium bonorum, distingue rursus, utrum post mortem constituentis, an eo vivo sit exercendus. Priore casu, non videtur esse dubium, quin sub omnibus bonis intellecta sint, quæ tempore mortis erant futura. Si vero fructuarius statim a constitutione usufructus bona possidere, fructusque percipere debuerit, nulla causa est, ea, quæ deinceps acquirenda forent, comprehendendi.

7 Quæstio de æris alieni præstatione ac deductione, sitne ab herede, an a legatario facienda, si eventum inspicias, non potest habere difficultatem: Nisi quis ita putaret, usufructuarium æs alienum de fructibus suis solvere debere, quod ab omni ratione civili alienum est, etsi Bartolus ita senserit ad *leg. fin. ff. de Usufr. leg.* si modo ita sensit; nam ista sola Lex ultima sufficit ad probandum, quod æs alienum ex *bonis* deducatur eo-

* Exemplum Usufructus legalis etiam in Saxonia, suppeditant mariti, quibus in uxorum bonis jus administrandi & utendi fruendi, conceditur Jure Sax. Comm. L. R. *l. 1. art. 31. 45.* & Electorali *P. 2. C. El. 15. §. f. Dec. El. 24.* Schilter *adff. Ex. 17. th. 13.* Richt. *Dec. 22.* Carpzov. *P. 3. C. 20. def. 31. n. 6.* Struv. *S. J. C. Ex. 29. th. 56.* non tamen, vi hujus juris, in Electorali Saxonia proventus partium metallicarum, die Kuxe, ad ipsos pertinent, cum hi non fructuum, sed corporum instar apud nos habeantur, unde in iis usumfructum tantum habent, *P. 3. C. El. 25.* ibique Carpz. *def. 5. j.* Sand. *lib. 5. tit. 3. d. 2.*

rumque

rumque substantia, sive ex omnibus *rebus*, ut est in *l. 69. ff. ad L. Falcid.* Hoc vero certum est, debere fructuarium pati, ut ære alieno de bonis deducto, Ususfructus ejus consequenter minuatur, saltem si fuerit ususfructus generalis. Specialis ususfructus nullam prorsus diminutionem ob æs alienum, ne quidem pro rata, subire cogitur, *d. l. ult.* Si quæstio de jure actionis a Creditoribus instituendæ moveatur, nihil clarius est, quam heredem esse qui ad solvendum tenetur, *l. ult. C. de her. vend. l. 1. & 2. C. Si unus ex plur. her.* Tamen si Usufructuarius cuncta possideat bona, cum adversus eum, vel saltem in ejus bona, dirigenda sit executio, nihil errabit actor, si pariter illum vocabit; cautionibus in venditione bonorum servandis, quas habet Sandius *5. 3. 1.* adde Wissenbach. *h. tit. 6.*

8. Hæc ad partem primam *Rubricæ de Usufructu.* Sequitur altera pars; *Quemadmodum quis utatur fruatur.* Ea res spectat ad officium Fructuarii, de quo diximus in *Parte I lib. 2. tit. 4. n. 5.* Scil. quod debeat uti frui boni viri arbitratu, salvaque rerum substantia, conjunctim, quatenus hoc patrisfam. officio fieri potest; nam interitum rei naturalem, vel diminutionem temporariam præstari non posse, manifestum est. Sed alienandi, perdendi, dataque opera diminuendi facultas, ab usufructu penitus abest, adeo ut si Testator potestatem alienandi & diminuendi adjecerit, etsi fecerit *ususfructus* mentionem, *proprietatem* tamen reliquisse censeatur, ut unanimiter statuunt Interpretes, qua de re vide Fach. *5. Cont. 45.* aliosque *passim.* sub onere scilicet fideicommissi, si post mortem alii heredes sint scripti.

SCHOLIUM.

Sed quomodo cum onere fideicommissi? An ut usufructuarius, cui simul potestas alienandi data, post mortem restituat heredi fundum? Sane huic opinioni contrarium est, quod potestas alienandi ipsi data sit, quæ frustra daretur, si fundum per fideicommissum restituere deberet. Ergo mallem simpliciter cum Fachinæo d. l. *dicere, proprietatem plenam hic fuisse legatam, nisi aliud persuaderet Sande* V. 3. 4. *ad quem haud dubie respexit Autor.*

RESPONSIO.

Non magis ad Sandium, quam ad rem ipsam respexi, quæ nullo modo patitur, ut, cum usufructu relicto, alius post mortem usufructuarii heres institutus est, libera proprietas relicta censeatur. Potestas alienandi, quam urget Thomasius, id efficit, ut Fructuarius bona diminuere possit duntaxat ad dodrantem, ac ut sit proprietas, non ut omni parte libera sit proprietas.

N. ADDIT.

Dum dixi, Autorem ad Sandium respexisse, non exclusi naturam rei ipsius, & rationes Sandii. Neque adeo opposui quicquam contra rationes Sandii. Sed potius hæc responsio Autoris mentem meam clarius explicat.

Quin nec desunt, quibus similis transformatio facta videtur, cum Fructuario prohibita est alienatio, sed μεταμορφώσεις non sunt multiplicandæ absque necessitate. Multo potius dicendum, supervacuæ cautionis esse prohibitionem, vel potius, esse commonefactionem ejus, quod Testator scit, officium esse Fructuarii, ut recte probat Fachin. *d. l. 5. c. 44.*

SCHOLIUM.

Dependet decisio hujus quæstionis a decisione sequentis, ut patet ex Fachinæo d. l. *Placet igitur & hoc casu Proprietatem legatam censeri*, arg. l. Proculus. ff. h. t. RESPONDEBIMUS *infra.*

Multo minus proprietatem dicemus esse legatam, quando Testator vetuit, ne servitus prædio fructuario imponatur: nam si prohibitio alienationis universæ, non infert proprietatis argumentum, quod minus est, interdictum videlicet imponendæ servitutis, efficacius esse nequit, ut recte Fachin. *d. l. c. 43.* & D. Wissenbach. *th. 3. ad h. tit.*

SCHOLIUM.

Momentum controversiæ hæret in explicatione d. l. Proculus. 19. ff. h. t. *quam contra Autorem & asseclas defendi cum Strauchio* in notis ad dissert. 7. th. 33. p. 92. seqq. *Objectiones, quas movent dissentientes, pondus aliquod haberent, si quæstio ex præsumptione hominis foret dirimenda. Jam cum textus aperte nobis præsumptionem Legis ostendant, frustra afferuntur conjecturæ a præsumptione hominis desumptæ.*

RESPONSIO.

Omnibus excussis nulla causa videtur recedendi a sententia, quam posuimus. De ratione Thomasii liquebit ex sequentibus.

N. ADDIT.

Hic ante omnia opponenda illa nota ad Strauchium, ad quam provoco in Scholio. Ita vero dixeram: Verba textus: Proculus putat, insulam posse ita legari, ut ei servitus imponatur, quæ alteri Insulæ hereditariæ debeatur h. m. Si ille heredi meo promiserit, per se non fore, quo altius ea ædificia tollantur, tum ei eorum ædificiorum usum-

usumfructum do lego. Vel sic: ædium illarum quoad altius, quam uti nunc sunt, ædificatæ non erunt, illi usumfructum do, lego. *Contra Auctorem facit etiam, præter citatos, Dn. Struv.* Ex. 12. th. 10. *Sed placet tamen opinio Auctoris, (Strauchii) eaque, præter rationes ab ipso adductas, (contra quas non bene se tuetur Dn. Struv.* d. l. verb. neque obest.*) probatur eo, quod JCtus dicat: INSULAM h. m. posse legari, h. e. proprietatem plenam insulæ, non solum ejus usumfructum. Sub voce enim (fundi cujus species est insula,) intelligitur plena proprietas*, l. 10. & 19. ff. de usuf. legat. l. 58. de V. O. *Nec obst. casum istum satis vulgarem esse, quod testator possit diversis proprietatem legare diversarum ædium, & disponere, ut hæ illis serviant*, l. 1. & l. 6. ff. de servit. leg. l. 3. comm. præd. *jam autem Proculum singularem voluisse afferre speciem. Respondeo: manet casus singularis, & singularitas consistit in verbis: HOC MODO. Singulare scilicet est, quod, quamvis testator verbo ususfructus fuerit usus, tamen proprietas plena censeatur esse legata. Denique quod Dn. Struv. in allatis a Proculo duabus formulis duos casus distinctos contineri putat, nec in eo consentire possum. Putat quippe in prima formula ædibus usufructuariis impositam esse servitutem altius tollendi, seu dispositum, ut usufructuarius promitteret, per se non fore, quo MINUS altius istæ ædes ab herede tollantur. Verum τὸ MINUS in* d. l. *non extat & aliud utique est promittere, per se non fore, QUO ædes altius tollantur, h. e. se nolle cooperari, ut ædes altius tollantur; aliud vero, per se non fore quo MINUS altius tollantur, h. e. se nolle impedire ædium altiorum extructionem. Conf. Dn. Schilt.* Exerc. 17. th. 47. 48. 49. Hactenus ibi. *Hoc supposito autem, Judicium Lectori relinquo: an a formulis, quas Proculus proponit, diversa sit quoad sensum illa, in qua Auctor putat proprietatem non legari:* Usumfr. domus ei lego, sed altius eam tollere veto. *Ego non arbitror. Nam quas Auctor pro tuenda sententia sua allegat rationes, possent etiam adduci adversus formulas Proculi. Unde dixi in Scholio, præsumptiones hominis non esse opponendas præsumptionibus legum. Hoc vero obtento, eadem erit ratio casus in Scholio præcedente, si quis leget usumfructum domus & prohibeat ejus alienationem.*

9. Quanquam in hac Thesi consentimus laudatis auctoribus, difficultatem, quæ super hoc articulo in *l. 19. h.* se prodit, recte ab iis sublatam ideo non concedimus. Unum occupat argumentum Wissenbachius, quod est levissimum; *Nisi dicamus*, hæc est objectio, *proprietatem in istac specie legatam intelligi, frustra videbitur adjecta prohibitio, ne fructuarius domum altius tollat, cum etiam citra prohibitionem fructuarius id facere non possit, l. 44. h.* Facile respondet sæpe Testatores & contrahentes ea, quæ de jure tacite intelliguntur, verbis adjicere solitos, juxta dictum Pauli in *l. 32. §. 6. de Aur. leg. Non mutat substantiam rerum, non necessaria verborum multiplicatio.* Sed alia sunt, quæ obstant in *d. l. 19. h.* Primo, quod Proculus putat, *insulam ita* posse legari, id est *domum*, qua voce proprietas ipsa, non ususfructus significatur, & tamen ponit, usumfructum esse Legatum, hac lege, *ne altius tollatur*. Secundo, quod Pomponius ait, hujus legati hanc esse vim, ut domui legatæ *servitus imponatur*, cujusmodi vera servitutis impositio in usumfructum nullo modo convenit, *l. 15. §. 1. h.* Videndum igitur, ne non verba testatoris in hac lege vim habeant diversam a simplici prohibitione, ne tollat altius, *de qua est quæstio*. Etenim si hoc modo dicat, *Usumfr. domus ei do lego, sed altius eam tollere veto*, nihil puto esse dubitandum, quin non fiat proprietas, sed abundans sit cautio, ne quid Legatarius temere faciat. Sed formulæ apud Pomponium in *l. 19.* longe aliter se habent. Prima est hæc, *Si ille heredi meo promiserit, per se non fore, quo altius ædificia tollantur, tum ei eorum ædificiorum usumfructum do lego.* Tribuere vult legatario tale jus, quo ab ejus promissione pendeat, utrum altius tollere velit, nec ne, eamque promissionem supponit, ut conditionem legati ususfructus. Talis oratio tam signata, tam prægnans, haberi nequit pro adjectione supervacua, sed arguit, testatorem plus in animo habuisse quam simplicem usumfructum, etsi hoc verbo sit usus. Aliquando enim fit, ut vocabulum ususfructus ex his, quæ adjiciuntur, de proprietate capiendum sit, ut superius dictum, & amplius probatur a Sandio *tit. 3. def. ult. t. 1. def. 2.* Altera legati forma, quæ extat in *d. l. 19.* est hæc: *Ædium illarum, quoad altius quam uti nunc sunt, ædificatæ non erunt, illi usumfructum do lego:* hic ususfructus legatus suspenditur *ab*, vel potius continuatur, *ad* observantiam servitutis altius non tollendi: hoc non potest aliud inferre, quam proprietatem: nam ususfructus morte finitur, ejus autem quod heic legatur, jus durat, quamdiu ædes altius non tollentur, quæ est perpetua facultas.

Hac

Hac ratione communem Dd. sententiam, de sensu legis 19. admittere, licet Wissenbachio aliisque ab eo citatis improbatam, nec tamen a Thesi, quam iidem Auctores propugnant, animus est discrepare. D. Thomasius ad Strauch. *dissert. 17. th. 33.* disputat contra Struvium, qui ad *h. t. n. 10.* paulo aliter instituit. Nos in eo subsistimus, usumfructum non fieri proprietatem, impositione servitutis prohibita; Posse tamen ejusmodi verbis uti Testatorem, ut colligi possit, Testatorem per usussfructus vocabulum, intellexisse proprietatem, sicut in *d. l. 19.*

10. Quomodo autem Usufructuarius in re utenda versari debeat, multis verbis & exemplis Julianus declarat in *l. 13. §. 4. & seqq. h. t.* quorum summa est; deteriorem proprietatis causam eum facere non posse, meliorem posse, dummodo qualitatem prædii non immutet, *§. 7. d. l. 13.* nec in alium, quam cui destinata est, usum, rem convertat. Hinc navis ad navigandum potest mitti, licet naufragii periculum immineat: Si quidem navis ad hoc paratur, ut naviget, *l. 12. §. 1. h. t.* quem §. temere abrogandum statuit Bernardus Autumnus *in Cens. Gall. ad d. l. 13.* Sane, quod de periculo naufragii addit Ulpianus, ita capiendum, ut ne prudentis nautæ officium Fructuarius egrediatur; sed ut alii mercatores solent, qui vix unquam sine aliquo naufragii periculo merces & naves suas mari committunt. Similiter viridaria & deambulationes arboribus infructuosis opacas atque amœnas non debebit evertere, ut hortos olitorios, vel aliud, quod ad reditum spectet, faciat, *d. §. 4.* neque in ædibus cœnacula transmutare, nec domum altius tollere potest, *§. 7.* nec utile quid detrahere, quamvis melius repositurus sit, *l. 7. in fin. l. 8. h.* nec stabula meritoria aut balneum facere, *§. 8.* nec arbores succidere, nisi in cædua sylva, aut in non cædua ad sustentationem prædii, *l. 10. & l. 12. pr. h. t.* Tantundem de arboribus vi ventorum evulsis sumet, quarum stipites ad dominum pertinent, *l. 19. §. ult.* sed demortuæ arbores fructuarii sunt, modo novas substituat, *l. 18. h. t.* perinde ex seminario vendere potest, modo id semper renovetur, ut finito usufructu sit salvum, *l. 9. §. 6.* Eadem gregis est ratio, quem integrum servare debet; substitutis loco demortuarum ovium aliis ex fœtu, quæ statim proprietarii fiunt, at carnes mortuarum, agnique reliqui, fructuario cedunt, *l. 68. & seqq. h. t. §. 38. I. de R. D.* Ita in grege est, nam qui singularum pluriumve pecudum habet usumfructum seorsim, illis mortuis, nihil restituit, sed jus ipsius & proprietas extinguitur, ut semper sit rei interitu, quod *infra* videbimus. Secundum hæc, ædes etiam reficere tenetur, hactenus ut sartas tectas habeat, nec immodica sit refectio, *l. 7. §. 2.* Si quid vetustate collapsum plus impensæ requirat, hoc reficere non cogitur, *d. §. 2.* An igitur dominus ad hoc tenetur? ne ille quidem, *l. 65. §. 1.* Quid ergo? Dicendum videtur, posse utrumque, si velit; At fructuarius, quos fecerit sumptus, a domino repetet, *l. 7. C. h. t.* heres sibi imputabit, vel si dubium sit, utrum in genere modicorum, vel contra sint, arbitrium sument, a quo si modici judicentur, fructuarius eos præstabit; cui tamen liberum est, si hoc malit, derelinquere usumf. *l. 48. h. t.* Cæterum teneri fructuarium ad tributa & functiones publicas, certum & notum est ex *l. 7. §. 2. inf. l. 27. §. 3. h. t.*

11. Diximus usufructuarium in locum eorum, quæ deficiunt, nova, quibus res sustineatur, conferre debere; quatenus a rebus ipsis procedunt. Verum si hæc sit rei natura, ut non nisi augmentis aliunde venientibus salva manere possit, alia fit ἀναθεώρησις. Huc pertinet sequens facti species: Testator reliquerat filiæ ultra Legitimam, usumfructum officinæ funibus nauticis faciendis, *een Liinbaen*, amplissimi reditus; qui tamen pendebant a partibus exercitoriis navium, quarum plurium usumfructum adjunxerat officinæ. His, cum navibus, paulatim pereuntibus, usufructuaria petebat, ut heredes in locum deficientium novas navium exercituras compararent, ut sine quibus officina deficeret. Heredes ajebant, ipsam in locum deficientium novas substituere debere, exemplo ovium in gregibus, arborum in hortis demortuarum. *Curia* censuit, diversam hic esse rationem, mediamque viam inivit, heredes jussit comparare partes navium, quarum proprietas ad ipsos pertineret, usufructuariam jussit usuras pecuniarum expensarum solvere, *in causa Titia Thomæ contra N. N. die pr. Jul. 1641.* referente Nauta *Decis. Mss. 71.*

12. Memini & hoc, quod est ejusdem generis, quæsitum, uter impensas litis de bonis fructuariis ferre debeat, Proprietarius, an usufructuarius? Et judicatum est, Fructuarium illas prorogare debere, sed finito usufructu in expensas referre & deducere posse Proprietario, *in causa Lucæ Brinck contra D. A. van O. ante vigiliam Quadragesimæ Anno 1680.* Sed de Patre, qui habet usumfructum in bonis liberorum suorum, jam olim placuit,

cuit, eum teneri ad litium impensas de fructibus suis faciendas, fine ulla repetitione deinceps; *In causa Johannis Walrich, contra Curatores liberorum suorum, d. 22. Maji 1636.* idque per *l. 1. C. de Bon. Mat.*

13. De ædificio per Fructuarium agri extruendo vel consummando, vide conciliantem *l. 13. §. 6.* cum *l. 61. h. t.* D. Wissenbachium *ad h. t.* Res huc redit, posse eum ædificare, quod ad fructus percipiendos sit necessarium, amplius non posse, ἀποτόμως, abscisse.

TIT. II.

De Ususfructu Accrescendo.

I. Continuatio, & quid jus Accrescendi, remissive. *II. Differentia juris Accrescendi, quoad proprietatem & usumfr. III. In verbis tantum conjunctis habere locum jus Accresc. probatur* ex l. 89. de Legat. 3. *quæ explicatur. IV. Argumenta quædam contraria refelluntur.*

CUm duobus ejusdem rei Ususfr. est legatus conjunctim, pars deficientis accrescit alteri conjuncto: Quid autem sit jus accrescendi, & quotuplex conjunctio, dictum est ad *tit. Inst. de Legat. n.22. & seqq.* Hic observanda duplex differentia juris Accrescendi inter proprietatem & usumfructum legatum. I. Quod in proprietate jus accrescendi cessat, quam primum legatarii suam quisque partem agnoverunt; sed in ususfructu locum habet jus accrescendi non tantum ab initio, verum semper, quocunque tempore fructuarii moriantur, *l. 1. §. 3. h.* ubi & ratio redditur: *Quia ususfructus quotidie constituitur & legatur, non, ut proprietas, eo solo tempore quo legatur.* Est & alia ratio, qua solemus uti, magis popularis, quam & Thomasius adjecit.

SCHOLIUM.

Sed ratio ista, ni fallor, nimium subtilis est. Apertius est, si dicamus, differentiam hanc ideo obtinere, quod ususfructus non transeat ad heredes, & vero constet, testatorem voluisse, quod uterque usufructuarius præ herede usumfructum habere debeat.

Alterum discrimen est, quod in proprietate portio accrescit portioni, non secus ac alluvio adjicit incrementum fundo; proinde is, qui partem suam amisit, non gaudet hoc jure, *l. 33. §. 1. de usufr. l. 14. §. 1. de Except. rei jud.* sed in ususfructu portio deficiens accrescit personæ, licet forte suam portionem amiserit, *l. 10. h. t.* Qua de re non pauca supererant inquirenda; sed exquisitas difficultates usu carentes heic prosequi, non fert ratio instituti: *Legi enim nunquam*, ait Mornacius *ad d. l. 10. nec ab ullo audivi motas in id fuisse ullas Quæstiones, non dicam, in tribunalibus, in quibus quotidiana magis sunt, quæ præscripti cujusque regionis mores ferunt, sed ne quidem in cæteris, ubi pro lege est, si quid Masuri Rubr. notavit.*

2. Præter hæc, quæ fere in positionibus ad hunc tit. collocata fuerant, vix aliud occurrit quicquam, quod ad *Inst. de Legatis*, ubi de *jure Accrescendi*, dictum non sit: nisi quod ibi de his, qui verbis tantum sunt conjuncti, an inter eos Accrescendi jus obtineat, parcius dictum est: quia, quam ibi posuimus, sententia Adfirmativa tam plana, discrepantes rationes tam sunt tenues, ut longa oratione, in re præsertim vulgari, opus esse non videretur. Quia tamen Auditores nostri id desiderare videntur, placet heic aliquanto latius eam rem exponere: Idque, ut res tota melius intelligatur, secundum verba Pauli in *l. 89. de Legat. 3.* Sic ait: *Re Conjuncti videntur, non etiam verbis, cum duobus separatim eadem res legatur*, ut, Primo Fundum Cornelianum, do, lego: Secundo eundem fundum Cornelianum do, lego: Hi Re sunt conjuncti, quia vocantur in eandem rem; non verbis, quia verbis commate distinctis, nullaque particula conjunctiva connexis, vocantur, ideoque disjuncti appellantur in *§. 8. in fine I. de Legat.* PAULUS: *Item verbis, non etiam Re; Titio & Sejo fundum æquis partibus do lego.* Addit Paulus, *Quoniam semper partes habent Legatarii.* ad occupandam objectionem hujusmodi: Qui habet partes ab initio, non sunt conjuncti, At verbis conjuncti habent ab initio partes. Respondet Paulus, hoc nihil obstat: *quoniam omnes Legatarii conjuncti habent partes*; scilicet, habita ratione concursus; Totum vero singuli habent, in casum alterius deficientis, ut distincte Celsus docet in *l. 80. d. tit. de Legat. 3.* Hæc res clara est; Duo non possunt eandem rem habere, si concurrant. Ergo hoc respectu, omnes habent partes: Rursus, in casum si alter deficiat, singuli habent solidum

lidum: priorem casum exprimit Testator in *Verbis* conjunctis, posteriorem in reliquis speciebus.

3. His duabus speciebus propositis, pergit Paulus; *Praefertur igitur omnimodo caeteris, qui & re & verbis conjunctus est.* Ponatur schema omnium conjunctionum; *Primo & secundo fundum C. do, lego;* hi sunt Re & verbis conjuncti. *Tertio & Quarto eundem fundum, do, lego, aequis partibus.* Hi sunt verbis tantum, quia partium expressa fit mentio, respectu concursus, quem Testator praesumit. *Quinto fundum C. do, lego. Sexto eundem fundum lego.* Hi sunt Re tantum Conjuncti. Moriente Primo, Secundus praefertur reliquis & partem ejus jure Accrescendi aufert. Si Quintus moriatur, an & Sextus reliquis praefertur? Negatur; Ita enim Paulus: *Quod si Re tantum conjunctus sit, constat non esse potiorem.* Quid ita? Quia omnes quinque reliqui sunt etiam Re conjuncti, ad eandem rem vocati; Ergo pariter admittuntur. Paulus porro: *Si vero verbis quidem conjunctus sit, Re autem non, quaestionis est, an Conjunctus potior sit: Et magis est, ut & ipse praeferatur.* Cur ipse praefertur? quia *conjunctus* est, & quidem arctius quam Re conjuncti, alias non praeferretur, quia Re tantum conjuncti non gaudent jure praelationis; etsi jure Accrescendi potiantur, ut in confesso est, *§. 8. l. de Legat.* Hinc clarum est, verbis tantum conjunctos habere praelative jus accrescendi, quia fortius id habent quam Re tantum conjuncti, ut Paulus docet, ob arctiorem conjunctionem in una periodo verborum, quae voluntatis Testatoris indices sunt. Inane est, quod aliqui volunt, verbis conjunctos ideo praeferri in *d. l. 89.* quia sunt etiam Re conjuncti ex accidenti, propter adjectionem Re conjunctorum: Atqui ad praelationem, Re conjuncti nil conferre possunt, a qua ipsi sunt alieni, ut Paulus tam diserte inculcat. Non negamus, Legatarios partibus separatis, fieri posse conjunctos ex adjectione Re conjuncti, ut accidit in *l. 41. in pr. de Legat. 2.* Sed ad praelationem ea re conferri quicquam, aeque repugnat *d. l. 41.* quam *legi 89.* Manet igitur haec ratio Pauli; verbis tantum conjuncti praeferuntur aliis in Jure Accrescendi, Re conjuncti non possunt praeferri. Ergo verbis conjuncti per se habent praelationem; multo magis simplex jus Accrescendi, quando sunt soli. Idem firmatur ex *l. 66. ff. de Hered. Inst. & l. 15. §. ult. de Legat. 1.* ubi quod de conditione aliqui conjiciunt, facilius negatur, quia non reperitur; quam adseritur quod non probatur.

4. Videbimus argumenta quaedam adversantium, quae prae manibus sunt, minusque ab aliis excussa videntur. Primo sic instituunt; Jus Accrescendi tunc obtinet, quando talis conjunctio est, ut tota hereditas vel tota legata singulis data videantur, partes autem concursu fiant, ut est in *l. 80. de Legat. 3.* quam praesumptionem & voluntatis conjecturam, cessare putant in conjunctione verbis tantum facta, ubi ipse testator partes ab initio constituisse manifestum fit. Atqui hoc de omnibus conjunctis adfirmatur, singulis totum esse datum, partes autem concursu fieri, *d. l. 80.* Ergo eodem modo de verbis tantum conjunctis; qui certissime sunt etiam conjuncti, *d. l. 80.* neque possent esse, nisi singuli in casum alterius deficientis haberent solidum, & partes concursu fierent, ut pluribus demonstrat D. Wissenbach. *ad h. t. n. 12.* Neque profecto contrarium ex ullis textibus liquet. Proferunt legem *1. h. t.* Ex qua verissime Thomasius in *Schol. ad posit. ult. h. t.* sententiam nostram liquidissime probari adseverat: Sic ait Ulpianus; *Quotiens ususfructus legatus est, ita inter fructuarios est jus Accrescendi,* si conjunctim *ususfructus sit relictus;* Atqui verbis tantum conjunctis etiam *conjunctim* relictus est ususfructus, *d. l. 89.* Pergit Ulpianus; *Caeterum, si separatim unicuique; partis rei ususfructus sit relictus, sine dubio jus Accrescendi cessat.* Quinam illi, quibus *separatim partes* relinquuntur; an verbis conjuncti? Juris valde incuriosum oporteat esse, qui sic opinetur. *Separatim* hoc modo partes relinquuntur; *Maevio fundi partem dimidiam do lego, Sejo ejusdem fundi partem dimidiam lego.* Inter quos si soli sint, non potest esse jus Accrescendi, *l. 41. in pr. de legat. 2.* idque pro certo & confesso habetur. Tales autem ab Ulpiano in *d. l. 1. in pr.* significari, non potest clarius, quam illic expressum est, designari. Citatur adhuc Papinianus in *l. pen. h. t.* his verbis; *Cum singulis ab heredibus singulis ejusdem rei fructus legatur, fructuarii separati videntur; non minus quam si aequis portionibus duobus ejusdem rei fructus legatus fuisset. Unde fit, ut inter eos jus accrescendi non fit.* Sunt hic sane portiones aeque, sed Conjunctionis nulla mentio; diserte separati dicuntur esse fructuarii, bifariam. Primo, cum a diversis heredibus ejusdem rei fructus legatur, sine mentione partium; hi tam separati esse dicuntur,

quam si partium mentio in separatione facta fuisset; Hæc, qui principia nostra legit, *d. tit. Inst. de legat. n. 22.* non potest ultro non intelligere. Quid autem sibi velit argumentum *l. 34. §. 9. de legat. 1.* quæ similiter pro illa opinione laudatur, non animadverto, nisi ut argumentum nostræ sententiæ addat, his verbis; *Si conjunctim res legetur, constat, partes ab initio fieri.* Atqui inter verbis conjunctos constat ab initio partes fieri, ut dissentientes postulant, & nos concedimus. Ergo verbis conjuncti sunt etiam conjuncti, & jure Accrescendi fruuntur, ut Ulpianus illic adfirmat. Simul evidentissimum est e collatione *dicti loci & l. 80. de Legat. 3.* conjunctos omnes habere partes ab initio, respectu concursus, *d. l. 34. §. 9.* & solidum singulos, in casum deficientis alterius, *d. l. 80.* quorum alterutri verba sua Testator eventui adtemperat; Utriusque concurrentis casui in conjunctione verbali; deficientis alterius in cæteris, maxime in Reali duntaxat. Denique proferuntur *Lun. §. 11. C. de Caduc. toll. & §. 8. Inst. de Legat.* magis ad numerum, opinor, augendum, quam ad aliquid evincendum. Nihil enim aliud in hanc rem habent, quam *in conjunctis & disjunctis habere locum jus Accrescendi;* quod nobis obstare fatebimur, ubi, *verbis* conjunctos non esse re tantum conjunctis, *qui sunt ibi disjuncti*, oppositos, approbatum fuerit. Adde Wissenbachium ad *h. t. n. 12.* & diligentissime hanc rem ex aliis executum Joh. Verstegen *de usufr. obs. 14.*

Tit. III.

Quando dies Usufructus legati cedat.

I. Cedendi vocis significationes ad sensum hujus tituli subordinatæ. II. Ratio, cur dies usufructus legati statim a morte cedat. III. Alia ratio subtilior ex Ulpiano in l. 2. §. 2. h. t.

Quanquam hæc quæstio *de Die usufructus legati Cedente*, ut & præcedens de Jure Accrescendi, melius ad locum de Legatis referri poterat, & forte debebat, est tamen quod boni consulamus hanc methodum. Cedendi vocabulum multis modis in Jure & alias accipitur, variisque gradibus ad sensum, qui est *hujus tit.* venitur. Princeps significatio est, pro *abire* & alii locum facere. Ita *cedere* loco, fundo, *l. 2. de Aqu. & aqua pluv.* Cedere possessione, *l. 16. de Damno inf.* Cedere bonis, cedere foro, Cede meliori, *passim.* Cedere usufructu, *l. 17. §. ult. de Nox. act.* id est derelinquere usumfr. ut ait *l. 64. de usufr.* II. Inde paulo fortior sensus vocis; derelictum jus in alium *transferre:* Ita *cedere* aliis actionem, servitutem, *l. 14. de S. P. R. l. 15. Comm. Præd.* aliaque passim. III. Gradus, Quando quæritur, ad utram rem aliquid pertineat; cum ab una specie removetur & ad alteram refertur, ei res *cedere* dicitur. Ita cedere penui dicitur, quod sub penu continetur, *l. 3. §. 1. & seq. de Pen. leg.* cedere legato, *l. 13. & l. ult. de supell. leg.* sic ædificium, frumentum *cedit* solo, *l. 9. pr. §. 1. de A. R. D.* cedere commodo alterius, *l. 17. C. de Legat.* & Lucro *l. 17. Fund. dot.* Usuris *l. 102. §. 1. de solut.* id est, refertur ad lucrum, ad usuras. IV. Gradus. Hinc cedere dies, hoc est incipit reputari in alterius commodum. Ita Legati dies cedit, quando incipit deberi cum effectu transmissionis ad heredem, *tot. tit. ff. Quando di. leg. ced. l. 25. & l. 68. de Legat. 1.* Obligationis dies cedit, quando nascitur obligatio, sed dies *venire* dicitur, quando peti potest cum effectu, *l. 213. de V. S.*

2. In Legatis ita juris est, ut dies cedat a morte Testatoris, antiquissimo & novissimo jure, *l. un. §. 1. & 5. C. de Cad. toll.* Cujus rei non tam ratio juris gentium, quam civilis esse videtur. Nam quia Legatum est donatio quædam *ab herede præstanda*, *§. 1. Inst. de Leg.* res indicare videtur, id non habere facultatem, ut *cedat*, hoc est locum mutet atque ad alium pertineat, antequam extet heres a quo præstetur. Verum quia fit, ut hereditate diu jacente, Legatarius deficiat, antequam heres exsistat, oriebatur id incommodi, ut multa legata deficerent, voluntasque Testatoris exitu careret, atque alius, quam ille voluisset, legatis potiretur: Aut enim apud heredem manere debebant? aut Fiscus ea sibi vindicaturus erat, quod utrumque Testatorem fuisse aversatum, satis constabat. Ideo lege ita consultum est, ut dies Legati cederet in continenti a morte Testatoris; &, si Legatarius ei superstes fuisset, Legatum ad heredem suum transmitteret, veniret autem dies, ab adita hereditate, sicut jam prædictum est *ad tit. Inst. de Legat. posit. 78. & 83.* Ita & naturali rationi convenire videbatur, ne Legatum peteretur, antequam esset a quo præstari posset: & civili, ut dominium ipso jure transiret, ne Legatum deficeret. Porro; hanc rationem in usu-

usufructu cessare, manifestum est; quia, cum ususfructus sit jus personale, quod cum persona extinguitur, nec unquam ad heredem transit, inanis metus erat, ne, si Legatarius ante aditam hereditatem moreretur, usumfructum Legatum non transmitteret ad heredem suum; utpote ad quem nunquam transmitti potest.

3. Ulpianus auctorem citans Julianum, reddit aliam rationem, in *l. un. §. 2. h. t.* ubi; *Dies autem ususfructus, item usus, non prius cedat, quam Hereditas adeatur: tunc enim constituitur ususfructus, cum quis jam frui potest.* Hæc ratio illustratur alia ratione, quam habet in *princ. d. l. un.* Ususfructus ex *fruendo*, *id est fructu aliquo ejus, qui fruitur & utitur, consistit.* Quamdiu illud factum exerceri non potest, ususfructus non habet intellectum, ideoque nec prius cedet, nec Actio quidem ante aditam hereditatem. Hinc etiam ratio redditur, Cur, si ususfructus ex die certo legatus sit, actio ne quidem adita hereditate, cedat ante diem *venientem;* cum alioqui, dies obligationi & proprietati legatæ adjecta, non impediat actionem nasci, sed agendi solummodo facultatem differat, ut habuimus ad *tit. I. de Verb. Oblig. posit. 10. & seqq.* Nam quia ususfructus in facto percipiendi fructus consistit, ante diem vero fructus percipi non possunt, consentaneum est, eum nec cedere, priusquam existere possit: verum proprietate in diem legata, statim nascitur actio, quia dominium est juris, quod in continenti sine facto transire potest, ideoque transit etiam ad heredem: Dies statim cedit, non tamen venit ante diem elapsum. Ideo, qui petit ante diem, *male* agit, non agit *nihil, d. loco posit. 12.* Qui vero petit usumfructum ex die relictum, ante diem; cum is agat ante diem, non modo venientem, sed etiam ante cedentem, hic jam non modo *male*, sed *nihil* agit. Hoc vult apud Ulpianum Scævolæ dictum, *Agentem ante diem ususfructus, nihil agere: quamvis alias qui ante diem agit, male agit. d. l. un. in fin.* Cæterum, Annui dies cedit a morte, sicut reliqua Legata, qua de re dicendum *ad tit. ff. de Ann. leg.* Interim vide sis D. Wissenb. *ad h. t. th. 16.*

TIT. IV.

Quibus modis ususfr. amittitur.

I. Expositio Rubricæ, remissive. *II. Contrarietas, quæ videtur esse inter* l. 17. h. t. & l. 57. de Ususfr. *tollitur, atque ad usum applicatur. III. Alia inter* l. 29. h. t. & l. 32. §. 1. de Acquir. poss. *IV. Quid juris, si pars rei intereat, exemplo quadrigæ declaratur.*

QVæ ad hunc titulum paratitlari modo explicandum pertinent, *in Parte I. lib. 2. tit. 4. n. 11. ad §. pen. Inst. de ususfr.* ordine justo prosecuti sumus; atque ut dicta repetere non est moris nostri, ita quod dictis addatur, nihil admodum occurrit, neque singularia, quæ habet nonnulla D. Wissenbachius, referre volupe est. De præscriptione Ususfructus alternis annis legati, qua de re prolixum Scholium apposuit D. Thomasius, quia cohæret hæc Quæstio cum simili de servitutibus amittendis, eam usque in *librum sequentem* rejiciemus.

N. ADDIT.

Scilicet ad titulum quemadmodum Servit. amitt. n. 3. *Cæterum ut eo melius ea, quæ ibi traduntur, expendi possint, an a Scholio nostro dissentiant, an cum eo conveniant, juvat hic & positionem Autoris & Scholium istud adjicere.* Dixerat Autor: *Si ususfructus alternis annis legetur, tempore etiam duplicato opus est*, l. 28. quib. mod. ususfr. amittit. *idemque de servitute aquæ & itineris,* *scriptum est in* l. 7. quem. serv. amitt. *et si scrupulum moveat* l. 13. de usufr. leg. Ad ista adnotaveram: *Duplicem scrupulum movet* d. l. 13. *Primo enim quod in* d. l. 13. *dicitur, servitutem aquæ aut viæ, alternis annis legatam, esse servitutem unam, id videtur pugnare cum* l. 7. quemadm. servit. amitt. *deinde quod in* d. l. 13. *JCtus inter usumfructum alternis annis legatum, & viam alternis annis relictam, differentiam esse vult, satis aperte est contra* l. 28. ff. h. t. *vel potius contra ejus expositionem ab Autore hic traditam. Et certe malim Autor responsionem suam apposuisset. Nam mihi quidem, cur statuendum sit,* d. l. 28. *velle, ut duplicato tempore præscribi possit ususfructus alternis annis legatus, ratio nulla subesse videtur. Quin potius aperte satis Paulus in* d. l. 28. *innuit: usumfructum ita legatum plane non posse præscribi, ad præscriptionem vero itineris & viæ, hoc modo legatæ, duplicato tempore opus esse,* d. l. 7. quemadmod. servit. *Rationem differentiæ autem tradit in* d. l. 13. de usu & ususfructu legato. *Et hæc explicatio non solum*

lum tollit scrupulum posteriorem, quem sibi Autor ex d.l.13. *movet sed & convenit cum definitione Ulpiani in casu simili*, l.1.§. fin. h.t. *inter quem alias & Paulum, absque necessitate dissensus iterum esset statuendus.* Adde Brunnem.& *omnino* Busium ad d. l.28.h.t. *Quod vero prius dubium concernit, ad hoc non difficilis erit conciliatio, si dicamus: Paulum in* d. l.13. unam *servitutem opponere* pluribus; in d. l. 7. *vero* unam *usurpare synonymice pro* quotidiana, *& adeo non opponere* pluribus *servitutibus, sed* uni non quotidianæ, *quod facile patet ex verbis reliquis textus. An vero recte Paulus vocem* una *ita supponat, hic non disquirimus, uti nec philosophiam ejus integram in* d. l. 13. *approbamus, præprimis quod servitutem viæ, alternis diebus legatam, ad servitutes quotidianas referat, quod mihi quidem satis videtur esse inconveniens.*

De specie antinomiæ, quæ est inter *l. 23. & l. 24.* diximus *in Parte I. lib. 2. tit. 1. n. 37.*

2. Sed de Consolidatione placet addere notabilem speciem, quæ est in *l. 17. h. t.* quam in Prælectionibus ad *Julianum* tractavimus. Legatus est tibi pure certi fundi ususfructus; proprietas ejusdem fundi, detracto usufructu, legata est Titio, sub conditione, *si navis ex India venerit.* Antequam navis veniat, tu acquiris dominium fundi, cujus ususfructus tibi legatus est, atque ita hic, ut apparet, consolidatur. Deinde venit navis, & Titius petit fundum. Tu das ei fundum juxta testamentum, usufructu tibi retento. Ille solidum fundum petit, usumfructum ait esse extinctum, quem tu proinde, cum nullus sit, retinere non possis. Et habet rationem ex sententia Juliani; *Etenim*, ait, *dum tu proprietatem acquiris, jus omne legati ususfructus amisisti.* Molinæus *ad Consuetud. Parisiens. §. 13. gl. 5.* iniquum censet hoc Juliani responsum, amplectendam esse contrariam sententiam, si eadem unquam species proponatur. Idem censet Autumnus *in Censura Gallica ad h. l. 17.* Mornacius haud procul abit, qui dicit etiam, contrarium reperiri *in l. suæ rei. 16. & l. Officio. seq.* nec non *l. sed et si. 31. de Contrah. empt.* atque id *in eadem hypothesi*, inquit, *Unde propterea implacabilis antinomia argumentum est studiosis.* Bona verba, si hæ sunt antinomiæ implacabiles, eædemque hypotheses; aliter legerit, oportet, Mornacius in istis locis, quam nunc in iis est; argumenti non nihil inde posse deduci, verum est, antinomiæ nulla species. Magis obstat *l. Dominus. 57. de Usufr.* Legatus est tibi fundus, cujus usumfr. habebas aliunde, ac ita consolidatio facta est; Deinde filius per Querelam rescidit Testamentum, in quo tibi fundus erat Legatus, eique tu fundum restituere coactus es: & tamen usumfructum retines. Hoc ideo, quia per Querelam Testator redigitur ad casum intestati, quasi retro nullum fuisset testamentum, *l. 6. §. 1. in fin. D. inoff. test.* ita consolidatio pro non facta habetur. Sed in hac *l. 17.* is, cui ususfructus est legatus, ante conditionem existentem acquisivit proprietatem; quæ acquisitio non potest retractari, quasi inde ab initio nulla fuisset acquisitio, quia res alii sub conditione relicta, pendente ea, potest alienari, *l. 48. §. 1. de jure Fisci.* sed per conditionis existentiam ad inutilitatem redigitur. Cum igitur consolidatione vere facta, ususfructus extinctus fuerit; sine nova causa non potest reviviscere. Neque Legatarius, etsi plane dominus ante conditionem fuerit, existente ea, per se usumfructum renovare potest; quia tum Legatarius proprietatis, ipso jure dominus est, qui proprietatem nudam sibi legatam vindicans, eamque cum usufructu consolidatam reperiens, quemadmodum est, ita consequitur. Est tamen hæc legalis consequentiæ subtilitas potius, quam æquitatis populare dictamen. Ideoque in iis locis, ubi hoc illi præfertur, posset fieri, ut aliter a judicibus acciperetur, quemadmodum de Gallia sua non dubitant Mornacius & Autumnus. Mihi valde placet, quod idem ex Grimaldo Fisci Andensis Patrono *lib. 3. cap. 2. de Retractu* refert, Legatarium ususfructus recte facturum, si, dum pendente conditione, proprietatem acquirit, se muniat protestationis auxilio; scilicet, usufructui sibi Legato præjudicium ne fiat, in casum existentis conditionis; Protestatio enim conservat jus, quod alioqui per apices juris interiret, *arg. l. 4. §. 1.* verb. *nisi salva causa pignoris sui consensit. D. Quib. ex caus. pign. solv.*

3. Non ut cessio in proprietarium facta finit usumfructum, ut ad *§. pen. Inst. de usufr.* intelleximus, ita per Locationem ab usufructuario factam in proprietarium, accipit finem; quid ni enim ipsi æque ac alii, meum jus locare possim? & possum, *l. 29. in pr. h. t.* sed proprietarius, fundo ita conductoris titulo utens fruens, vendit eum Tertio, non deducto usufructu, vel etiam locat eum suo nomine; an ejus factum mihi nocet, ut usumfructum amittam; Ita respondet Ulpianus in *d. l. 29.* usumfructum amitti. Quod sane mirum, jus in Re mihi constitutum, facto conductoris mihi auferri. Idque Juris rationi & æquitati adversum esse, non immerito adfirmare videtur

tur Autumnus in *cens. ad d. l. 29.* Sed tu dic, non in continenti usumfructum amitti, sed præscriptione longi temporis, quod in *l. 29.* non expressum, ex *Lege Præcedenti*, ipsaque rei natura, colligitur; etiam ex ea ratione, quam reddit Ulpianus, quod emptor *suo nomine* possideat, sive utatur; quod esse requisitum usucapionis & præscriptionis, constat ex *l. 2. C. de Præsc. 30. ann.* Quanquam & ita videtur obstare *l. 32. §. 1. de Acquir. poss.* in qua tamen est diversa species; In *l. 29.* proprietarius est venditor, in *l. 32. §. 1.* Conductor rem vendit: In *l. 29.* agitur de usufructu amittendo; in altero textu de possessione rei ipsius, & de proprietate consequenter amittenda, quæ disparitates, ne hæc sit antinomia, facile præstabunt. Sed hac subtilitate forte nihil opus est, post *l. ult. C. de Acquir. poss.* per quam Justinianus statuit, *factum conductoris, aut alterius, qui nostro nomine sit in possessione, nobis ad amittendam possessionem non obstare;* sed nos retinere possessionem, etsi conductor rem vendiderit. Quam decisionem ad hanc speciem extendendam esse, recte observat Autumnus, opinor, omissam a Cujacio *ad d. l. ult.* præsertim, quia species *l. 29.* fuit pars Quæstionis Sabinianæ, quam Justinianus in *d. l. ult.* se reformare declarat. Hactenus bene Autumnus. Sed vide sis, quam hac observatiuncula sibi placeat, levi & tralatitia licet. Notato oblivionis Cujacio; *quod si nos*, inquit, *non* Interpretum *fungimur munere, sed tuemur ea, quæ dicta sunt ab iis*, Quos probamus, *eique nostrum judicium & nostrum scribendi ordinem adjungimus, quid habent invidi, cur præferant NOSTRIS scripta ab aliis?* Hoc ideo visum est excerpere, ut animadvertamus, quo Spiritu indutos oporteat esse, qui Censuras juris Romani scribere in animum inducunt.

4. Porro de modis finiendi usumfructum, tam realibus quam personalibus, ordine tractatum est *ad tit. Inst. de usufr. n. 11.* quos inter Rei interitus; de quo nota est Quæstio; si res pro parte perierit, an partis, quæ superest, ususfructus debeatur; & distinctio, utrum Pars, quæ superest, nomen totius retineat, an secus. Verum quod hoc usque adeo valet, ut si quadrigæ ususfructus sit relictus, uno equorum pereunte, reliquorum ususfructus extinguatur, *l. 10. §. ult. h.* dubitari potest, an nostra lingua usum habeat: Nec enim est nobis vocabulum, *quadrigæ* æquipollens. Certe, si ususfructus quatuor equorum relinquatur, uno pereunte, etiam jure Civili manet in reliquis ususfructus, *d. l. 10. §. ult.* Atqui vix est, ut aliter hodie sermone nostro ejusmodi legatum relinquatur: Nisi cum additur, *een gespan*, copula tot equorum, tunc aliud dicendum sit, unoque tum pereunte, reliquorum etiam ususfructus tollatur. In proprietate quadrigæ legatæ, tunc unius interitus totum aufert usumfructum, si ὁ καλλιζυγὼν, is qui demonstrabat quadrigam, *præcipuus*, sit mortuus, habetur in *l. 65. §. 1. de Legat. 3.* Sed utrumque subtilius esse, quam ut hujus temporis simplicitate recipiatur, censent Autumnus & Groenewegius ad *h. l. ult. & d. l. 65. §. 1.* Quin etiam Mornacius, ita visum esse Jurisperitorum Coronæ ad *Fori Columnam*, scribit ad *d. l. 10. §. ult.* quod haud difficulter concesserim, non tam ob incivilem Romanæ prudentiæ subtilitatem, quam ob diversam sermonis nostri proprietatem; cujus exemplum elegans refert Mornacius *ibidem;* quod cum Advocatus quidam senior exemplo dictionis, quæ est in *d. §. ult. si unus ex equis decesserit;* in Curia Parisiensi dixisset, *le cheval estant decede*, spissæ risum Coronæ sustulerit. *Adeo unaquæque gens suas habet dialectos*, ait, *tam proprias, ut transmitti ad aliam ea proprietas non possit. Romanus enim ait*, equum decedere: *Gallus hoc ridet.* Reliqua *apud Instit.* dicta sunt; nisi quod de usufructu civitati legato proditum est, eum finiri civitatis interitu, *l. 22. h. t.* & centum annorum spatio, *l. 56. de usufr.* denique de præscriptione ususfructus alternis annis legati, agetur ad *tit. Quemadm. Servit. amitt.*

TIT. V.

De usufructu earum rerum, quæ usu consumuntur, vel minuuntur.

I. Expositio Rubricæ remissive. II. An nominum sit etiam quasi-ususfructus. III. Affine iis esse jus utendi fruendi animalibus ac utensilibus, et si verus earum rerum sit ususfr. quibus ideo liceat abuti ac adtrita vel mortua reddere. IV. Ridiculum hoc Pragmaticis videri, usumque juris ejus incommodiorem videri. V. Si pactione res non redigatur ad instar quasi-usus-

usufr. posse fructuarium illo jure tamen uti. VI. Quando & qui in rebus immobilibus quasi-usufr. constituatur. VII. Tali pactione non amitti jus testamentarium, quasi novatione facta.

DEfinitio Ususfructus, nota ex *Institutionibus*, indicat, in rebus, quarum substantia salva manere nequit, usumfructum constitui non posse; Proinde nec in rebus, quæ usu consumuntur, vel minuuntur. Et tamen hæc Rubrica præfert ejusmodi rerum usumfructum, scilicet *improprie* dictum. *Non enim Naturalis ratio auctoritate Senatus mutari potuit*, ait Gajus in *l. 2. in fin. h. t.* Lege non potuit effici, ut ejusmodi rerum, quarum usus consistit in abusu, substantia salva manere diceretur: Ideo *Quasi-usumfructum* in ejusmodi rebus constitui, tradit Justinianus in *§. 2. in f. l. de Usufr.* de cujus natura differentiaque a vero usufructu, actum a nobis est in *Part. I. lib. 2. tit. 4. n. 8.* ubi & res, in quibus hoc improprium jus constituitur, vinum, oleum, frumentum, pecunia numerata, &c.

2. His addit nomina sive obligationes Ulpianus in *l. 3. h. t.* contra sententiam Nervæ, secutus Cassium & Proculum; & tamen Nerva debitori ipsi Nominum quasi-usumfructum posse legari statuebat, cujus usus in hoc consisteret, quod debitori remitterentur usuræ, *d. l. 3.* Quid igitur obstare potuit, quo minus & Tertio legaretur ususfructus nominum, cum hoc effectu, ut usuras ipse perciperet? An Nerva forte putavit, illum esse verum usumfructum, quando usuræ, salva sorte, perciperentur, non improprium; Sed talem esse, cum debitori legatur nomen, quia tum ipsam ille sortem habet in potestate; quam consumere aut alibi collocare possit, ut tantundem finito usufructu restituat? Res ab hoc intellectu non est aliena; si ponamus, semper eodem loco manere sortem; quales sunt sortes, quæ debentur ab universitatibus aut a Republ. quæ tuto in eodem statu retineri possunt. Sed Proculus & Cassius usumfructum nominum ita accepisse videntur, ut ipsæ sortes in potestate Fructuarii essent, eo quo diximus modo. Atque hoc sensu nomina non nisi ad Quasi-usumfructum pertinere posse, tanquam usumfructum pecuniarum, manifesta res est. Unde sic videtur colligendum, fere ut diximus, Si ususfructus nominum in eodem statu relinquendorum sit relictus, nihil obstare, quo minus sit verus ususfructus, aut ejus exemplum. Si vero sortes ipsæ in arbitrio fructuarii sint, pecuniasque ipse exigere possit, opus est Cautione de restituendo tantundem, quæ facit quasi-usumfructum, ut ad *Inst. d. loco* demonstratum est. Nam hoc est medium, quo res ususfructus incapaces, ad similitudinem ususfructus rediguntur; ut caveat Fructuarius, se non easdem res, sed tantundem vel æstimationem esse redditurum, ut ad *tit. ult.* hujus libri videri potest.

3. Quo exemplo res etiam aliæ, in quibus est verus ususfructus, mediante tali cautione, ad instar quasi-ususfructus redigi possunt; quod fit in ejusmodi rebus, quæ utendo quidem non consumuntur, sed quæ paulatim deteruntur & obsolescunt, ut sunt animalia, vestimenta, utensilia, *§. 2. in pr. d. tit. Inst. l. 15. §. 4. de Usufruct.* Quæ res, finito usufructu, in eadem specie, licet detritæ, reddi possunt, *l. 9. §. 3. Usufruct. quemadmod. cav. Atque adeo si usufructuarius velit, potest animalibus, veste, supellectile, aliisque rebus mobilibus uti ad extremum usque: proinde mortuis pecudibus, detritis vestibus, ceterisque mobilibus rebus, non tenetur fructuarius ad pretium earundem rerum, quod fuit prius; sed defungi potest, res easdem, ita ut nunc sunt, redhibendo*, verba sunt Corenii *decis. Cur. Holl. 7.* Nec potest aliter, si verus jumentorum mobiliumque rerum sit ususfructus; Bos enim reddi potest vivus aut mortuus, validus, infirmus, modo fructuarius illo boni viri arbitratu sit usus. Utensilia, vestimenta, quorum verus, ut diximus, est ususfructus, *adtrita reddi* possunt, *l. 9. §. 3. D. Usufructuar. quemad. cav.* idemque in aliis rebus, quæ adsiduo usu non minuuntur, sed paulatim utendo deteriores fiunt, certissimi Juris est.

4. Sed dici non potest, quam hæc res nova pragmaticis nostris & ridicula videatur; Adeo ut jam quotidianus apud nos usus hoc modo ferat; Quando ususfructus pecudum, vestium, aliarumque rerum mobilium, seu specialiter, sive juxta usumfructum omnium bonorum generaliter est relictus, tum solet earum rerum æstimatio fieri; quam æstimationem usufructuarius cavet, se finito usufructu restituturum; idque sine ulla ipsorum contradictione, qui sic Juris esse non dubitant, instituitur: adeo ut vix unquam ejus sententiæ, quam verbis Corenii expressimus, usum apud nos extitisse putem, certe non meminerim: Etiam vero ut plurimum praxin hujus juris incommodam esse, non negaverim. Quocirca & Ju-

ro

re Civili receptum videmus, ut bestiæ, quarum verus est ususfructus, numerentur; in hoc, ut eadem quantitas, finito usufructu, restituatur, cum alioqui fructuarius eas occidere non posset, alere vero semper, ineptum foret, *l. 62. §. 1. ff. de Usufr.* Haud dissimilis aliarum rerum incommoditas esset, mobilium inquam, si semper iisdem utendum foret, idque vel maxime experiremur in vestimentis, quæ ideo Tribonianus inter ea retulit, quæ materiam quasi-ususfructus constituunt adversus certam juris sententiam, quæ est in textibus modo adductis; quod ipse aliter scripsit in *§. pen. de usufr.* motus est, ni fallor, usu hominum & aptitudine rerum, in diversam partem. Id tamen ex hac observatione velim colligant hi, quorum interest, ut si fructuarii consentiant in æstimationem rerum mobilium, ne aliter eam admittant, quam multo infra verum cujusque rei pretium, quia per cautionem de pretio vel eadem quantitate restituenda, conditionem proprietarii longe meliorem, suam vero deteriorem faciunt. Nam dominus fit certus, se finito usufructu tantundem esse recepturum, ac ab initio fuit in patrimonio; cum si fructuarius uteretur jure suo, quod Leges ei tribuunt, haud parum inde mortibus animalium atque tritura aliorum corporum abscederet. Ipse vero Fructuarius æstimatione facta, recipit in se periculum rerum casu fatali intereuntium, quæ damna alioqui in proprietarium redundabant, juxta regulam communem; Dominus quisque rei suæ periculum fert, *l. 9. C. de Pignorat. act.* & æstimatio cum dominio semper quoque periculum transfert, *l. 5. & l. 10. C. de jur. dot.*

5. Quod si proprietarii æstimationem infra justum valorem admittere nolint, quemadmodum plerisque nostratibus id paradoxum videretur, ego ita existimo, Fructuarium uti posse jure scripto, resque mobiles atque animales exercere posse, dum vivat, easque post mortem, ut sunt, domino relinquere colligendas. Quod ipsi forte quidem incommodius, sed domino longe damnosius futurum, ipsa res loquitur; Nec est, quod quis hoc jus usu contrario putet obsoletum esse; Magis est, ut hæc res pertineat ad observationem *l. 39. de Legib.* Quod *cum ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet.* Consuetudines fateor habere vim Juris abrogandi; verum ad illas non modo requiritur desuetudo & diversa popularis observatio, sed actus contrarii, & positivi, maxime judiciales, iique frequentes atque signati concurrere debent, *l. 34. d. t. de LL.* juncta *l. 2. C. Quæ sit long. consuet.* Simile exemplum habes apud Sandium *lib. 3. tit. 6. def. 8.* ubi; *Aliter*, inquit, *hactenus observatum in colono.... absque ulla contradictione ipsorum dominorum, qui ita juris esse non dubitarunt. At hic mos magis ex legum ignorantia, quam juris ratione est introductus.* Et deinde; *His consideratis, Senatus, repudiato & explosostylo per errorem introducto &c.*

6. Potest etiam fieri, ut in ipsis rebus immobilibus Quasi-ususfructus constituatur, veluti in metallifodinis, quæ non renascuntur, & cespitifodinis, in his regionibus; quæ sic effodiuntur, ut substantia salva manere nequeat. In illis ita servatur, ut ejus, quod effossum est, fiat æstimatio vel distractio, caveatque Fructuarius, se pretium illud, finito usufructu, restituturum, ita ut ususfructus tum consistat in usu gratuito illius pecuniæ; quandoquidem rerum ipsarum Fructuarius tum fit dominus; æstimatione, dominii translationem arguente necessariam, *l. 4. & l. 10. C. de jur. dot.* qua de re vide Sandium *lib. 5. tit. 3. def. 2.*

7. Quæsitum memini, cum usufructuarius ejusmodi conventione de pretio post finem ususfructus restituendo, dominium rerum usufructuariarum adeptus esset, an nihilominus testamenti jus tanquam legatarius ex usufructu retineret, in casu deficientis alterius, ad jus accrescendi aliaque jura Legato connexa; ratione dubitandi; quod novatio totalis ususfructus in dominium, & ultima voluntas in obligationem transformata videretur. Sed verius est, hanc conventionem non ad novandum, sed ad exequendum jus Testamenti esse factam, & legatarium ususfructus, retinere jus Legati, atque ita *judicatum est a Suprema Curia in causa R. B. cum Soc. contra A. R. die 9. Junii 1680.*

TIT. VI.

Si Ususfructus petetur, vel ad alium pertinere negetur.

I. Continuatio, & ratio nominis Confessoriæ & Negatoriæ. II. Definitio Confessoriæ, & an Fructuarius possit vindicare servitutes, qua de re conciliantur l. 1. in pr. h. t. *cum* l. un. §. 4. de Re-

Remiss. *III. Intentio & exitus harum actionum. IV. Actionem personalem de usufructu ab hisce diversam dari.*

POstquam causæ, jus, effectus, & amittendi ususfructus rationes satis expositæ sunt, merito non putavit omittendam Juris conditor Actionem, qua ususfructus peteretur, aut ad alium pertinere negaretur. Quibus verbis duplicem Actionem, confessoria quæ dicitur, & Negatoriam significari, ex Institutionibus pridem satis notum est. Enimvero confessoriæ nomine Justinianus in *§. 1. Inst. de Action.* non utitur; sed Ulpianus in *l. 2. §. 1. D. Si servit. vind.* & in *l. 5. §. ult. h. t.* Confessoriam & Negatoriam in usu harum actionum inter sese opponit. Alioqui Confessoria magis proprie dicitur Actio, quæ ex Adversarii *confessione* datur, apud eundem Ulpianum, in *l. 23. §. ult. & l. 25. §. 1. ad L. Aquil. l. ult. de Interr. act.* Videtur autem inde productus vocabuli usus ad Servitutes, quod cum Actio, qua servitus *negatur* ad alium pertinere, dicatur Negatoria vel negativa, ut Justinianus ait in *d. §. 1. de Action. in fin.* & confessio negationi solet opponi; hinc opposita Negatoriæ actio *Confessoria* diceretur. Nam alioqui vindicatio & Adsertio juris alicujus, minus proprie *Confessio* appellari videtur, quam tamen ἔμφασιν huic voci inesse, observant alii apud Calvin. in *Lex. sub Voc. Confessoria.*

2. Est autem Actio Confessoria hujus loci; In rem actio, *qua quis contendit, sibi esse jus utendi fruendi rebus alienis, adversus dominum omnemque possessorem*, & quemlibet impedientem, *l. 5. §. 1. h. l. 10. §. 1. verb. quicunque impediunt. D. Si Servit. vind.* Unde, si qua servitus fundo fructuario debetur, fructuarius non tam servitutem, quam usumfructum vindicare, & sic agere Confessoria, debet, *d. l. 1. §. 1. & l. 1. in pr. h. t.* Sed huic adversatur *l. un. §. 4. D. de Remiss.* ubi, *Juliano placet, fructuario servitutum vindicandarum jus esse.* Wissenbachius noster *ad h. t.* narrat, responsionem Cujacii 1. *obs. 16.* qua volebat, Juliani sententiam in *d. l. un.* recitari, non probari, refutatam esse a Vultejo *discept. schol. c. 18.* Vultejum refutari iterum a Bachovio *not. Treutl. vol. 1. disp. 16. th. 7. lit. C.* ut ita definamus in confessione antinomiæ. Ego in conciliatione Veterum acquiescere malo, qui distinguebant, inter vindicationem principaliter concedendam, & per consequentiam: maxime, cum Ulpianus utrimque sit Auctor Legum, quas Bachovius & Wissenbachius antinomias ἔχοντας εἶναι. In *l. un. §. 4. & praced.* non id agitur, ut de vindicanda ab usufructuario servitute quæratur, sed an usufructuarius opus novum nunciare possit. In eam rem ponitur Regula in *l. un. §. 3.* Jus *habet opus novum nunciandi, qui aut dominium, aut servitutem habet:* id est prædialem servitutem. Inde quæritur, an & Fructuarius novum opus nunciare possit; Adfirmatur ex hac ratione, quod, ut *Juliano placet, Fructuario sit jus vindicandarum servitutum, secundum quod opus novum nunciare poterit vicino.* Rursus in *l. 1. pr. h. t.* Ulpianus, laudato etiam Juliano, scribit; Fructuarium, servitutem quidem vindicare non posse; verum usumfructum vindicaturum, ac per hoc vicinum, si non patiatur eum ire agere, teneri, quasi non patiatur uti frui. Hæc est exacta rei definitio juris rationi conveniens, quæ servitutum jus a Fructuario removet abscisse, *l. 15. in fin. de usufr.* sed tamen effectu vindicandarum servitutum potitur Fructuarius per consequentiam, vindicato usufructu: Quod sufficit ad jus novi operis nunciandi. Satis est, Fructuarium per vindicationem sibi adserere servitutes, ut nunciare possit; Formula vindicandi, & accuratio rei limitandæ, aliunde petenda est. Hæc saltem probabilis conciliatio mihi potior esse videtur, quam non modo Tribonianum παν δεκτοποιόν, sed & Ulpianum, & fere Julianum sibi ipsi, ponere contradicentes.

3. Intentio & exitus hujus judicii est, ut Usufructuarius res sibi servientes liberamque utendi fruendi facultatem, cum fructibus & eo quod interest consequatur, *l. 2. d. l. 5. §. 3. & ult. h. t.* Eique adversa est intentione & exitu Negatoria, quæ datur domino Rei, adserenti prædio suo libertatem & neganti in eam alteri competere jus utendi fruendi, *d. §. 2. Inst.* ubi plura de fundamento & intellectu hujus actionis. Vid. *Part. I. lib. 4. tit. 6. n. 5. seqq.* Posse dominum quoque per exceptionem effectum hujus remedii adipisci, non est dubium; idque tum maxime, cum dominus est in possessione, locum habet. Actio movenda est, cum fructuarius possidet, & dominus res ab eo liberas evincere cupit. Potest tamen etiam qui possidet, agere Negatoria, *d. l. 5. §. ult. h. t.* cum hoc discrimine, quod tum de fructibus nulla sit quæstio, quos scilicet Possessor

sessor ipse tum percepit. Verum hoc tunc consequitur dominus proprietatis, *ne inquietetur*, ait Jctus in *fin. d. l. 5.*

4. Hæ autem actiones cum sint in Rem, dantur adversus quemlibet possessorem, *l. 5. §. 1.* Sed est etiam in personam actio, per quam is, cui ex conventione vel testamento ususfructus debetur, agit adversus heredem solum, ut sibi ususfructus præstetur, cum eo quod interest sua, per culpam aut factum heredis, *l. 2. h. t.* pressius hoc videbimus ad *tit. ff. Si servit. vind.*

Tit. VII.
De Operis servorum.

I. Servi operæ an distinctam faciant servitutem, remissive. *II. Et usumfr. & operas in facto consistere, diverso sensu, & effectu. III. Jus operarum ad bruta animalia non posse transferri. IV. An liberi hominis operæ promitti vel legari possint.*

Ingens copia & utilitas servorum apud Veteres fecit, ut de illorum *Operis* titulo peculiari ageretur; utpote, quæ nec usus, nec ususfructus erant, *l. 1. §. 9. D. ad L. Falcid.* etsi ob affinitatem modo fructus, modo usus appellentur, in *l. 4. & l. 5. h. t.* quemadmodum illos textus, sine emendatione, ad quam alii confugiendum putarunt, conciliavimus *ad tit. I. de usu & habit. n. 4.*

2. Habent hoc proprium Operæ servi, quod *in actu* consistunt, ut habetur in *l. 1. h. t.* hoc est in operatione servi; nec prius operarum Legatum in rerum natura esse creditur, quam dies venit, quo præstandæ sunt, *d. l. 1.* sive a die petitionis, ut est in *l. 7. D. de usu & usufr. leg.* Quæ ratio est, quod capitis diminutione Legatarii, ut de usufructu intelleximus, non pereant, *l. 2. h.* Actus enim operandi totam earum naturam absolvunt, qui a mutatione juris in persona ejus, cui debentur operæ, non pendent; secus ac Ususfructus, qui etiam in facto consistit, verum facto ejus, qui fruitur & utitur, *pr. l. un. Quand. dies leg. ususfr. ced.* Hinc etiam petenda ratio, cur, usucapto servo, Legatum operarum extinguatur, *l. 2. de usufr. leg.* cum ususfructus usucapione non pereat, *l. 17. §. pen. de Ususfr.* nempe, si dominus proprietatis rem suam neglexerit: Adde Wissenbachium *ad h. t. n. 27.* Nec tamen ideo, quod non in facto personæ, cui debentur operæ, sed in actu ejus, in quo est servitus, consistunt, hanc servitutem non esse personalem, sequi, recte monet Struvius *ad h. t. in fin.* cum adhuc definitio servitutis personalis iis conveniat, quæ hæc est; quod res eam præstat personæ, ut dictum *ad Instit. tit. de Servitut. n. 2.*

3. An hæc hodie ad operas jumentorum transferre licebit, quemadmodum pleraque de servis a veteribus prodita transferuntur ad jumenta pecudesque? Non videtur; nec in illis quicquam aliud, quam Usus esse videtur, *§. 3. in fin. Inst. de usu & habit.* neque subtilitates, quas olim inter usum operasque servi excogitarunt, & quas capere se non posse scribit Bachovius *in not. ad Wesenb. h. t.* ad animalia recte producentur; sed quæ tantum ut machinæ serviunt operis exercendis: etsi, an nihil aliud quam machinæ sint, ego non dixerim, qui phænomena de brutorum actionibus machinali ratione demonstrare non possem.

4. Sed quid de operis liberi hominis videtur; An hæ non possunt legari? Minime equidem ut servitus; sed quo minus aut heres juberi, aut quisque se obligare possit, ad operas vel suas, vel alterius præstandas, nihil obstare potest. Verum hoc nihil quam pecuniariæ æstimationis Legatum, aut obligationem esse, manifestum est.

Tit. VIII.
De Usu & Habitatione.

De hac Rubrica tam copiose actum est ad titulum parallelum Institutionum, ut nihil quod ad ejus expositionem pertinet, omissum videatur: postquam & antinomiæ speciem, quæ est inter *l. 14. §. 1. D. de usu & habit.* oppositam *l. 5. §. 1. D. Usufruct. quemadm. cav.* removimus *in P. II. Digress. l. 2. c. 16.* Etsi paulo aliter citati a Wissenbachio Cujacius, Costalius, Connanus, Pacius. Summa hæc est, ut dominium materialiter continet proprietatem & usumfr. ita Ususfr. & usum comprehendit & fructum; potest enim fructus ita constitui, ut penes alium sit usus, qui tum habet id quod necessitas postulat: fructuarius reliquum emolumentum; quin & nuda proprietas apud

Nn 2 ter-

tertium esse potest, *l. 14. §. ult. h.* Quanquam si usufr. simpliciter constituatur, usum quoque comprehendat, velut totum suam partem. Ita cape *l. 14. §. 1.* cum quo sic non pugnat *l. 5. §. 1. Usufr. quemadm. cav.* alioqui vocabulo fructus idem quod usufr. significatur, *d. l. 14. §. 1.* Reliqua de usu & habitatione diximus ad *tit. ejusd. Rubr. in Parte I.*

SCHOLIUM.

Ut ergo Autor conciliet d. l. 5. §. 1. *cum* d. l. 14. §. 1. *distinguit inter usumfructum & fructum, &c. Sed nescio, annon hæc distinctio sit contra mentem Ulpiani in* d. l. 14. §. 1. *Simplicius dicemus, Ulpianum velle: Usumfructum legatum sine usu esse non posse, nisi collegatario usus relictus sit. Unde si legetur ususfructus deducto usu, heredem non prætendere posse usum, sed legatarium cum usufructu etiam habere usum: Usum vero regulariter esse sine usufructu, etiam si usuarius non habeat collegatarium, cui ususfructus sit relictus: & nempe hoc casu usumfructum esse penes dominum & heredem. Conf.* Wissenb. ad ff. h. t.

RESPONSIO.

Unde collegerit Thomasius, hanc distinctionem a me conciliandis hisce legibus adhibitam esse, nescio, nec enim heic eam posui, & in Parte I. h. t. a pr. *ubi textus illi conciliantur, differentiam fructus & usufructus diserte rejeci. Mea responsio & heic involuta & ibi explicita, non vetat responsionem Thomasii cum illa conjungi.*

N. ADDIT.

Igitur ratio reddenda, unde istam distinctionem collegerim. Nam, cum Autor ipse fateatur, hic suam responsionem esse involutam, & aliis locis explicitam, volui eam distinctionem ex verbis antecedentibus conjicere: Cum vero in verbis antecedentibus deprehenderem, unum versiculum ita incipere: Potest enim fructus ita constitui &c. *in subsequente vero hæc verba tradi:* Quanquam si ususfructus simpliciter constituatur &c. *inde putavi, Autorem distinguere voluisse inter fructum & usumfructum. Poterit etiam pro me ulterius adduci, quod Autor obscuritatem responsionis nondum plene sustulerit. Allegatur quidem ubivis* l. 5. §. 1. usufr. quemadm. caveat. *tanquam textus obstans; Ejus hæc sunt verba:* Sed si usus sine fructu legatus erit, adempta fructus causa, satisdari jubet Prætor, hoc merito, ut de solo usu, non etiam de usufructu caveatur. *Hunc textum etiam respexi in scholio meo. Sed eum jam Autor provocet ad partem I. prælectionum h. t. ibi plane alius textus tanquam obstans proponitur, ubi nempe Ulpianus dicat: Fructum sine usu obtingere posse. At vero hoc dictum Ulpiani non reperitur in* d. l. 5. §. 1. *quamvis & ibi sic citetur, sed in statim subsequente* §. 2. Ergo, *inquit,* etsi fructus sine usu obtigerit, stipulatio locum habebit. *Et tamen Autor hic arbitratur, responsionem meam cum sua conjungi posse. Quod ego facile ferre queo.*

TIT. IX.

Usufructuarius quemadmodum caveat.

I. Remissio ad partem I. An Heres, qui promisit, testamento se exacte pariturum, exigere possit cautionem in testamento remissam. II. Differentia inter usumfructum legatum & fideicommissum ad vitam. III. Reliqui casus, quibus hæc Cautio cessat.

Antequam exerceatur Ususfr. cautio præstanda est, qua non præstita, nec fructus percipere, vel nomina fructuarius exigere potest, *l. 1. C. de Usufr. l. 6. ut in poss. leg.* quod proinde heres tantisper faciet, *arg. d. l. 7.* Si tamen fructuarius sit in possessione, quamdiu non petitur cautio, fructus retinebit, *arg. dd. ll. l. 1. §. 1. ut in poss. leg.* Repetantur quæ dix. *Part. I. ad tit. de usufr. n. 22. & seqq.* Nam etiam huic Rubricæ satisfactum ad *tit. Inst. de Usufr. n. 9.* Nisi quod casus, quibus cessat hæc Cautio, non sunt enumerati. Testatorem eam remittere non posse, Heredem posse, jam dictum est illic. Quæsitum aliquando; an heres, qui promiserat, *se omnibus Testamenti articulis exacte pariturum*, exigere posset cautionem, quæ remissa fuerat in Testamento. Quod magis existimo licere; quia generalia verba non videntur extendi posse ad ea, quæ legibus adversa sunt. Disputatum ea de re apud Curiam Supremam in *causa* partium antea nominatarum *R. B. cum soc. contra A. R.* & remissa quidem est Cautio Fructuariæ; non propter illam promissionem, sed quia potestas erat data fructuariæ, *bona per causam necessitatis diminuendi;* quæ verba naturam ususfructus tollere, & fideicommissum efficere, diximus ad *tit. 1.* Res acta d. 19. Jun. 1680. Et tamen quia Fideicommissarius tenetur etiam ad Cautionem præstandam, naturæ fideicom-

commissi convenientem, non potest hac causa negare descriptionem rerum ipsi ad vitam relictarum, ut usus fert, & judicatum refert Nauta noster in *causa W.H. cum Soc. contra Catharinam Andreæ, viduam Gerardi Buma, 24. Mart. 1640.* convenienter ei, quod Sandius refert *lib. 5. tit. 3. def. 4.*

2. Hoc loco fieri potest, ut incidat alicui rogare, quid intersit, utrum quis habeat bona jure usufructus, an fideicommissi, cum onere post mortem restituendi? Responsio est, hæc interesse. I. De fideicommisso potest deduci Quarta Trebellii, de usufructuariis bonis nihil. II. Potest ei remitti confectio inventarii & Cautio, voluntate Testatoris, secus ac in usufructu. III. Pendente Conditione Fideicommissi, potest alienare bona, valetque alienatio, si conditio non existat. IV. Non tam facile amittitur & finitur Fideicommissum, quam usufructus. Hæ sunt Positiones, quas partim habuimus, partim habebimus in doctrina de Fideicommissis, quibus ideo probandis heic non immorabimur.

3. Reliqui casus, quibus cessat hæc Cautio, sunt: I. Si Ususfructus alicui pure, & proprietas ejusdem rei ex die legata sit; quia tum certum est, proprietatem ad eum vel ejus heredem perventuram, *l. 9. §. 2. h. t.* Nempe, si dies certus sit; Nam dies incertus facit conditionem, ante quam, si heres moriatur, deficit legatum, *l. 5. §. 4. D. Quand. dies leg. ced.* II. Fiscus non solet satisdare, *l. 1. §. 18. D. ut legat. serv. caus.* proinde nec, si ususfructus ei competat; quia semper locuples est, aut intelligitur. III. Pater habens usumfructum * in bonis liberorum adventitiis, non tenetur necessitate cavendi, satis per hypothecam in bonis ejus constitutam videtur esse cautum, *l. ult. §. Sin autem C. de bon. quæ lib.* IV. Recte refertur huc casus; si quis omnia bona sua donaverit, retento sibi usufructu, Tum donatarius ab illo cautionem exigere posse non videtur, *arg. l. 28. de R. J.* Schotan. *exam. ad h. t.* Reliqua habuimus ad *d. tit. Inst. de Usufr. n. 9.* Testator remittit cautionem; Aut si exigatur, instituit uxorem ex semisse. Valere institutionem, respondi *XI. Septembr. 1690.*

AD

LIB. VIII.

Tit. I.

De Servitutibus.

I. Continuatio, & methodus libri VIII. cum observatiuncula ad definitionem Servitutis. II. Servientem non teneri ad reficiendum, nisi ex pacto speciali, demonstratur. III. IV. Eum, qui sic obligatus est ad reficiendum, posse tamen rem, si velit, derelinquere. V. Ex promissione ad reficiendum non nasci Servitutem, sed obligationem personalem. VI. An voluptatis causa Servitus constitui possit, determinatur. VII. Valere tamen ejusmodi conventiones jure obligationis, non ut Servitutes. VIII. An dominus proprietatis, consentiente usufructario, Servitutem imponere possit, ubi de lectione l. 15. in fin. h. t. *IX. Quo sensu dies vel conditio, Servituti adjici negatur. X. Item, an discrimen Causarum & modorum acquirendi servitutem, moribus hodiernis adhuc frequentetur.*

Liber octavus, qui est de SERVITUTIBUS, eodem modo se nobis tractandum, quo præcedens de Usufructu absolutus est, offert; carptim selectisque rebus, & tamen oratione conjuncta, quod pene difficilius est, quam universam e fundamentis educere materiam, quæ

* Sic nostro quoque jure maritus usufructuarius bonorum uxoris, non tenetur cavere, teste Coler. *d. 222. n. 16.* Richt. *dec. 19. n. 11.* Carpzov. *P. 2. C. 10. def. 9. n. 6.* ac viduam quoque, ratione dotalitii, ad cautionem præstandam non regulariter obstringi, rectius defendunt Rauchb. *l. 1. qu. 30. n. 8. ubi præjud.* Simon Ulric. Pistor. *ad Hartm. Pist. Obs. 2. in f.* Berlich. *P. 2. Concl. 50. n. 68.* Schilter. *ad ff. Ex. 17. th. 21. sq.* Henel. *de Jure dotalitii, cap. 9. §. 4. p. 263. sq.* Richter. *de dotalitio th. 27.* licet dissent. Hartm. Pist. *l. 1.* Carpz. *P. 2. C. 42. def. 7. & l. 6. Resp. 55. n. 11.* Bechmann. *Ex. Feud. 15. n. 18.* conf. Menck. *Disp. de Quantitate dotalitii §. 15. sqq.*

uno contextu plenaque manu in parte priore deducta, non patitur, ex instituto nostro, repetitas Lectiones. Methodus in hoc libro hujusmodi est, Definitio Servitutis, & modi, quibus constituitur, in *titulo I.* Divisio, singularumque specierum tractatio, in *Tit. II. & III.* Qualitates specierum communes in *Tit. IV.* Tum Actio de Servitutibus in *Tit. V.* Denique modi, quibus ususfructus finitur, in *Tit. VI.* ordine satis, ut apparet, idoneo. Est autem hæc Inscriptio *de Servitutibus*, non argumento tantum, dari titulos generales; sed etiam, quod Servitus excellenter de Prædiali, cum & alia sit personalis, accipiatur, ut a Justiniano in *§. 9. Inst. de Legatis*, & alibi passim. Definitionem Servitutis posuimus hanc, *Est jus rei alienæ impositum, quo Dominus in commodum alterius aliquid pati in suo, vel non facere, cogitur.* ALTERIUS, personæ aut rei. *Personæ*; quod ad usumfructum cæterasque personales Servitutes attinet; *Rei*, quod a Prædiales: quarum respectu Thomasio suum scholium, quod est secundum ad *tit. Inst. de Servit.* concessimus; quod alioqui respectu definitæ Servitutis in genere, nihil erat necesse; cum hæc manifesto se ad personæ vel rei utilitatem referat.

N. ADDIT.

Vide, quæ supra adversus responsiones Autoris excepimus. Id saltem hic notandum, quod, ut novæ additiones ostendunt, & ipsæ positiones, ista scholia non tam addiderimus eum in finem, quasi communem doctrinam, (quod servitus in genere dicatur de utilitate rei & personæ, pro diversitate subjecti dominantis) ferre noluerimus, sed quod saltem voluerimus monstrare, voluptatem & commercium non esse excludenda ab utilitate personæ.

2. In eadem definitione sunt aliæ qualitates duæ, e quibus aliquid observationis colligendum superest. Prima, quod servitutis non ea natura est, *ut aliquid faciat quis*, sed *ut aliquid patiatur, aut non faciat*, ut docet Pomponius in *l. 15. §. 1. h. t.* Unde colligendum videtur, eum, qui debet servitutem, non teneri ad reficiendum, si dominus rei servientis, quod ad suum usum attinet, refectione supersedere possit & velit: quod homines in usu populari praxeos nostræ secus interpretantur: sic enim fere existimant; si quis jus habeat eundi agendi per solum, aut per pontem alienum, servientem ab eo cogi posse, ut eum pontem, vel id solum reficiat, quo dominans ire & agere possit: quod ex ratione juris civilis non videtur esse verum, non tantum argumento, sed etiam per expressos textus in *d. l. 15. §. 1.* juncta *l. 6. §. 2. D. Si Servit. vind. & l. 33. de Servit. urb.* qua de re, quia pertinet ad usum quotidianum, paulo diligentius agendum. JCtus in *d. l. 15. §. 1.* de Natura servitutum ipsarum agens in genere, eas ad faciendum institui non posse docet, veluti, ut viridaria quis tollat, aut amœniorem prospectum præstet; Sed tamen hæc verba, *pati, non facere*, ad impensas quoque pertinere, tradit Ulpianus in *l. 6. §. 2. D. Si Servit. vind.* Quæritur ibi de servitute oneris ferendi, uter parietem, in quo vicinus habet jus oneris ferendi, reficere debeat: Paulus in *l. 33. de Serv. urb.* ideo servientem ad reficiendum teneri scribit, quia in *lege ædium*, id est in pactione de Servitute, scriptum erat ita; *Paries oneri ferundo, uti nunc est, ita sit*, quibus verbis satis aperte significatum erat, parietem in perpetuum esse debere in eo statu, ut onus impositum sustinere posset, idque eum, qui id in se receperat, ita promisisse videri. Ulpianus autor est in *d. l. 6. §. 2.* non defuisse, qui servitutem oneris ferendi ita non posse imponi statuerent, ut serviens reficere, hoc est ut *aliquid facere cogeretur*. Addit Ulpianus; *Nam in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem adserit, non ad eum, cujus res servit.* Hæc est regula generalis, ad regendam hujus quæstionis praxin. Subjungit tamen Ulpianus; *Evaluisse Servii sententiam in proposita specie, ut possit quis defendere, jus sibi esse, cogere adversarium, reficere parietem, ad onera sua sustinenda.* Est igitur exceptio Regulæ; Si serviens se directe vel per consequentiam obligaverit ad reficiendum, tenebitur; non obstante, quod Servitus in faciendo consistere nequeat: utilitas enim & civilitas negotii facit, ut servitus non quidem in faciendo consisteret, verum *aliquid facti*, non sua natura, sed ex pactione speciali reciperet. Est igitur regula, *Servientem ad reficiendum non teneri.* Idque ita obtinere, memini in propria causa, cum vicini Domus meæ angiportum ad eam pertinentem, per quem ipsis iter erat, vetustate labefactum refici peterent. Cum ipse eo non uterer, respondi: quando mihi causa reficiendi non esset, me passurum, ut illi reficerent, si vellent. Tu dices, an is, cui servitus competit, angiportum pontemve Servientis, qui dominium ejus habet, reparabit? Respondeo, non cogitur; Sed, inquam, an dominus etiam cogitur rem suam, sine causa sui usus, reficere? Certe si promiserit; Si nihil quam servitutem promiserit, tenetur ad patiendum,

dum, vel non faciendum, prætereaque nihil, *ut dictum.*

3. Quid autem si domus, in qua vicinus habet servitutem oneris ferendi, ætate vitiove in eum statum veniat, ut Dominus eum derelinquere, quam oneri ferundo parem præstare malit, an hoc ei liberum erit? Ex *d. l. 33.* diceret aliquis, non liberari, *in fin. Si ea res, quæ servit, ut tuum onus ferret, perisset, alia in locum ejus dari debeat.* Ita Paulus. Sed Ulpianus *in d. l. 6. §. 2.* definit in sententia Labeonis, *qui licere domino rem derelinquere* statuebat; hac ratione reddita, quod *servitutem non debeat homo, sed res;* saltem homo non aliter, quam per consequentiam rei, & quatenus rem habeat, est obligatus. Ac ita Paulus cum Ulpiano conciliari potest; Tenetur ad alium parietem præstandum, nisi totam domum derelinquere malit. Hoc igitur tenendum in universum: Qui simpliciter debet servitutem eundi agendi per suum fundum, non tenetur ad faciendum, v. c. tenetur ut solum sit idoneum, per quod iter actusque præstetur: non ad clivos aut gradus faciendos, si aliter iri nequeat; sed ad patiendum, quo dominans faciat gradus aut clivos, dum ne quid ultra, quam quod necesse est ad itineris causam, demoliatur, *l. 20. §. 1. ff. de Servit. præd. rust.* proinde nec omnino ad reficiendum, nisi in illa specie servitutis oneris ferendi, *d. l. 6. §. 2.* aut ubi similis verborum formula similem inferat consequentiam.

4. Atqui nihil tale est in *l. 2. §. 7. ff. de aqua & aqu. pluv. arc.* & tamen ibi sic habetur. *Plane si fossam jure factam aut cujus memoria non extat, agi tecum posse aquæ pluviæ, ut reficias.* Connanus *lib. 4. Comment. C. 7. §. 3.* pro REFICIAS putat legendum REFICIATUR; Accursius, sine manu huic loco supplendum esse quod deest, ex eadem *l. 2. §. 1.* ut illud *Reficias* alternative accipiatur, *Reficias vel refici patiaris.* Sic enim est in *d. §. 1.* ut aut *ipse purgaret, aut te pateretur in pristinum statum eam redigere.* Idque eo facilius admittendum, quod alter ille *§. 7.* adeo concise descriptus est, ut sine collatione *§. 2.* non possit intelligi. Nec enim agitur ibi de Servitute, sed de tali casu, quo aliquis fossam veterem habebat, quam non purgabat: sic fiebat, ut ex restagnatione ejus aqua fundo nostro noceret. Potest aquæ pluviæ arcendæ cum inferiore vicino agi, ut aut ipse fossam purget, aut me purgare patiatur. Posterius ut repeteret, videtur neglexisse, at tamen intellexisse Jurisconsultus, in *d. §. 7.* Præter quod, ut dictum, de servitute ibi plane non agitur; sed de eo, quod faciendum sit, ubi ex alterius agro damnum vicinis infligitur.

5. Si quis igitur Servitutem, cujus præcipuum onus *in faciendo* consistat, acquisiverit, dicendum est, eam non esse servitutem. Quid igitur, nullumne habebit effectum ejusmodi Conventio? Habebit; erit Contractus, ac ita valebit, cum hoc effectu, ut actio detur adversus promittentem & ejus heredem, non adversus tertium, sicut e servitute datur. Intelligo, id argutum nimis atque ab usu alienum quibusdam videri; sed mihi non videtur hæc esse inanis subtilitas, verum exacta proprietatis rerum observatio: siquidem τὸ facere manifesto qualitas vel potius actio personalis est, qualis in rem, quam debere servitutem vidimus, nequaquam convenire potest: Ideoque hujusmodi Conventio servitutem nullo modo producere potest. Nec ejus rei soliditas ab usu hodierno aliena est. Detur exemplum, quod ex facto tractatum memini. Erant vicini *Primus* & *Secundus*, quorum antecessores, domini priores, ante LXX. annos contractum iniverant; quo Primi Antecessor impetraverat, ut canalem sibi ponere liceret inter suam & secundi domum, hac lege, ut ipse eum suo sumptu reficeret & sustentaret. Chirographum erat scriptum anno MDCVI. Ex hoc jam modo agebatur a Secundo, ut primus canalem reficeret. Hic opponebat præscriptionem, quæ judicata est non habere locum, quoniam canalis adhuc in eodem statu supererat, nec ullum contrariæ quasi-possessionis initium, quod ad præscriptionem requiritur, *l. 2. C. de Præsc. 30. ann.* institutum fuerat. Verum tamen quia contractus ille, quo promiserat se canalem sustentaturum, non faciebat servitutem, sed obligationem duntaxat personalem producebat, *per ea, quæ diximus*, hinc adversus Primum, qui non fuerat heres Contrahentis, agi non poterat. Etsi in illo casu, hæc etiam ratio accedebat, quod Primus docebat, ante hac reparationem communi quidem sumptu factam fuisse: Primus est absolutus, etsi non omnium eadem ratione Dominorum, in causa *Elisæ Georgii*, *contra Annium Gellii Lollema*, XXV. *Sept. 1680.*

6. Hic est effectus regulæ, quod *servitutem non homo debeat, sed res.* Nec minus tamen verum est, quod Thomasius *in schol. ad posit. Inst. de servit.* relatum *Parte priore lib. 2. tit. 3. n. 1.* monet, servitutes quoque prædiales *non homini deberi, sed rei;* quando satis constat, respectu ejus, cui

cui debetur servitus, eam dici Realem atque personalem, Prædialemque vocari ideo, quod prædio debetur. Ex utraque ratione conjuncta, (posteriorem ille solam heic applicat,) probavimus aliam nasci positionem; quod *Servitus voluptatis causa non possit constitui:* quam verbo attigimus, heic pressius considerandam: Intelliguntur autem tales servitutes, de quibus cum nihil rei inhæreat, ad voluptatem se tantum referunt. Paulus in *l. 8. h. t. pr. Ut pomum decerpere liceat, & ut spatiari & ut cœnare possimus*, (Adde, ut pila ludere, choreas agere liceat, & similia,) *servitus imponi non potest:* quia actus isti a natura servitutis alienissimi sunt; siquidem ejusmodi usus, Rei nullo modo convenire possunt; nec, ut ei debeantur, cum res omnis voluptatis actionisque personalis sit incapax; nec etiam, ut res talia debeat, cum non habeant uniformem æquabilemque usum, sed a cujusque variabili inclinatione pendeant, ut quod alius magni facit, alius irridendum putaret: quod non ita est in veris & necessariis usibus, qui etsi ad personam quoque spectent, quarum causa omne jus comparatum est, *l. 2. in pr. de Stat. hom.* omnibus tamen hominibus conveniunt, & sic cum prædio durant. Non videtur hoc igitur esse jus summum, quod usu ac interpretatione Jurisconsultorum sit abolitum & contrario æquitatis modo receptum, ut alii volunt; siquidem internæ servitutum naturæ, populariter etiam consideratæ adversatur, ut Prædio, Rei, voluptuaria facultas cum effectu & exercitii aptitudine debeatur. Sed movetur *lex 1. §. 11. & l. 3. in pr. D. de Aqua quotid. & æst.* In §. 11. traditur, in Interdicto illius Rubricæ, non modo contineri aquam ad *agrum irrigandum* pertinentem *sed omnem, etiam eam, quæ ad quemvis usum & commodum nostrum.* Hactenus nihil de usu voluptuario. Sed in *l. 3. pr.* scribit Pomponius, hoc *jure nos uti, ut etiam non ad irrigandum, sed pecoris causa vel amœnitatis aqua duci possit.* Existimavi semper, *amœnitatem* a voluptate discernendam esse; quia voluptas est animi affectio, sed amœnitas est prædii qualitas. Aquæ ductus si causam habeat perpetuam, ut in servitute requiri *infra* intelligemus, Rei prædioque semper adest, æquabilemque præbet usum. Ideoque talis aqua fundum vere facit meliorem, quicunque fundum possideat aut vendere velit, & civilem recipit æstimationem: quæ omnia secus se habent in actibus hominum voluptuariis, quæ in cujusque patris familias imaginatione mentis, nec alibi, sedem habent, ut est spatiari, cœnare, pomum decerpere per *ἀπεραξίαν* & animi gratia. Nam quo minus aliquid oneris prædio realiter imponatur, ut jus tigni immittendi, cui dominans aliquid ad amœnitatem, a qua voluptas abesse non potest, imponat, nihil obstare potest, quomodo Ulpianus in *l. 8. §. 1. Si serv. vind.* servitutem tigni immittendi agnoscit in hunc usum, ut super ea tigna *porticum ambulatoriam facere, superque eum parietem columnas structiles imponere liceat, quæ tectum porticus ambulatoriæ sustineant.* Sic igitur habendum; Servitus inhærens prædio & illud corporaliter adficiens, ut aquæductus, tigni immittendi, oneris ferendi, non potest non esse vera servitus, etsi forte causam servituti magis dederit voluptas Patrisfamilias, quam utilitas: consideratur ut est in se, non pro intentione dominantis; quo sensu diximus etiam *in Part. I. loco citato*, servitutem imponi posse, *quæ non sit utilis*, videlicet, quæ sua natura & in genere quidem sit utilis, non tamen utilis sit hic & nunc. Verum servitus, quæ nihil fundo inhærens imponit, sed in mera patientia facti personalis consistit, ut hæc ad voluptatem absque civili utilitate dirigatur, ejusque modi voluptuaria facultas, sit jus prædium adficiens, & actionem adversus quemlibet possessorem producens, merito abs re & incivile judicatum est; nec adeo subtilitati juris, sed proprietati servitutis naturali popularique id adscribendum est.

7. Si quando tamen partes ita constituere velint, ut vicino liceat in alterius fundo spatiari, cœnare, ludere, quo minus illa conventio valeat, nihil obstat; ut conventio scilicet, minime sicut Servitus. Ideo qui constituit hoc jus, tenetur ad patientiam; Tertius possessor exinde non convenitur; idque generaliter verum est, quotiescunque jus aliquod naturæ servitutis minus conveniens, in speciem servitutis stabilitur, ut servitutes proprie tunc esse desinant, juxta quam Ulpianus docet in *l. 13. in pu. D. commun. Præd.*

SCHOLIUM.

Hoc modo desinere servitutem esse realem, concerdo, plane desinere esse servitutem, nego, sed erit personalis, per d. l. 4. de S. R. *Quia autem servitutes reales sunt species nobiliores, inde JCti voce servitutis simpliciter posita intelligunt realem. Et hoc decepit etiam Tribonianum, ut* l. 8. *in hoc titulo collocaret.*

RESPONSIO.

Nullam causam esse notandi hac parte Triboniani,

niani, videbimus ad tit. sequ. *ubi hoc genus plura dabuntur.*

N. ADDIT.

Ergo ibi etiam excipiemus. Interim repetantur illustrandi & confirmandi hujus Scholii gratia, nova additiones ad Instit. tit. de Servitutibus.

8. Satis prolixe de prima tituli parte. Quod ad alteram attinet, quæ est de modis constituendi Servitutem, de hac egimus in *Parte priore tit. de Servit.* ubi causas a modis constituendi servitutem distinximus. In utrisque requiritur jus dominii; qui non est dominus, non potest servitutem rei imponere, ne proprietarius quidem, nisi qua fructuarii conditio non fit deterior, ut si concedat vicino servitutem altius non tollendi, quia fructuarius hoc nullo modo facere potest, *l. 16. de Usufr.* Quid, si fructuarius consentiat, an tunc dominus proprietatis non potest indistincte servitutem imponere prædio? Ratio plane postulat, ut id tum liceat, renunciante juri suo fructuario. Sed reclamat textus in *l. 15. in fin. d. t. de Usufr. Proprietatis dominus, ne quidem consentiente fructuario servitutem imponere potest.* Quid hoc? quid vetat, dominum & fructuarium consentientes uti pleno jure dominii? MORNACIUS *ad d. l. 15. Glossa fluctuat huc illuc. Bartolus omnino prætermisit. Baldus paucula quadam, sed Bartoli silentium longe melius & tutius. Sed Petrus Dalessæus putavit adeo absurdum esse, quod in hoc textu legitur, ut diceret, se reposuisse in suo volumine*, si quidem, *pro*, ne quidem. Hæc scilicet est consuetudo, quæ infinitas lectionum varietates peperit in antiquis libris. Verum substitutio τȣ *si quidem* pro *ne quidem*, non bene descendit ad literam ejusdem & sequentis textus, ut legenti apparet. Connanus in *lib. 4. Comm. c. 3. n. 3.* cum modica emendatione, pro *ne* legit, *nec*, hoc sensu, *nec quidem consentiente fructuario*, id est, *et si* fructuarius *non* consentiat. Quid, si nihil plane mutemus, hoc sensu? *Dominus proprietatis servitutem imponere potest*, hæc positio, *Ne quidem consentiente fructuario*, ampliatio est, *ut nec opus sit fructuarii consensu*; si modo *ejus conditio non fiat deterior*, ut ait *d. l.* sequens *16.* Ita melius, si fieri potest, quam pro *ne*, substituere duplicem negationem, ut facit, optimo quidem sensu, Busius ad *d. l. 16.* *

9. Porro de usucapione, ac præscriptione servitutum, adhuc aliquid dicendum erit *ad tit. Comm. Præd.* Præterea constat, servitutes ipso jure non recipere diem aut conditionem, sed per exceptionem duntaxat, *l. 4. h.* De causis remotis hoc intelligi non potest: quia pacta & stipulationes indistincte diem conditionemque recipere, notissimum est; nec de patientia usus, quoniam illa terminos habiles temporis aut conditionis aperte respuit.

SCHOLIUM.

Expositio ista lucem accipiet, si ei præmittatur lectio Cap. 7. lib. 4. Digress. *Scilicet post conventionem. Nam de patientia sine præcedente conventione, quæ præscriptionem parit, agit* posit. sequ.

Nec de testamentis, quia legata omnigenas adjectiones recipiunt, *tot. tit. ff. de C. & D.* nec secus esse in servitutibus, probat *l. 3. de serv. leg.* ubi quidem non valere servitus sub conditione legata dicitur, sed ob aliam causam, quæ si abesset, valuisset servitus. Denique non potest hoc accipi de præscriptione servitutum; quia nec illa terminos habiles continet. Unde reliquum est, ut hoc tantum de Cessione, quæ in jure fit, usum habeat; hæc enim est actus Legitimus, quæ non recipit diem, vel conditionem, *l. 77. de R. J.* de qua plenius *d. l. 4. c. 7.* Ideoque non est necesse, cum Bachovio *ad tit. Inst. de servit.* dicamus, conventione nuda, cui soli prohibitio diei vel conditionis conveniat, servitutem hic constitui, qua de re diximus *ad lib. 4. Digress. cap. 7.* Jure civ. igitur pactum venditoris de servitute, non obligabat emptorem ad patiendam servitutem, nisi venditor cessionem vel patientiam præstitisset.

SCHOLIUM.

Ergo in servitutibus quæ negativæ vocantur, v. g. altius non tollendi, semper de jure civili ex hypothesi Autoris, cessio ad constitutionem earundem erit necessaria, cum in iis nulla patientia possit locum habere, in non facto scilicet consistentibus, quod tamen an cum §. 4. Inst. de Serv. *conveniat, disquirere nolo.*

* Adjice, sis, explicationem Gottlieb Gerh. Titii *in diss. de Servitute faciendi* §. 12. prolatam. *Nescio*, inquit acutissimus JCtus, *an sententia Ulpiani eo tendat*; non absolute *impediri proprietarium cum consensu usufructuarii servitutem imponere, sed* ex hypothesi, *si scil. Usufructuarii jus integrum illibatumque manere debeat; nam hoc posito contradictionem regulariter involvit servitutis impositio, quæ adeo valere nequit.* Juvat, nisi fallor, hanc explicationem limitatio, *in l. 16. de Usufructu* addita: nisi qua deterior fructuarii conditio non fiat, veluti si talem servitutem vicino concesserit, jus sibi non esse altius tollere, *cum enim talis servitus jus fructuarii non minuat, sine contradictione constitui potest.*

RESPONSIO.

In d. §. 4. agitur de causis constituendi, non de modis acquirendi, de quibus heic solis loquimur.

N. ADDIT.

Mirum effugium. Scio quidem, Dd. in exponendo d. §. 4. eoque cum aliis textibus conciliando, illa distinctione inter constitutionem & acquisitionem servitutis uti. Quam bene, hic non disquiro. Sufficit, quod ea distinctione adhibita Autor non possit effugere objectionem nostram. De modis acquirendi, ait, heic solis loquimur. Videlicet oblitus est, quod paulo ante in textu, ubi de Bachovio loquitur, eique contradicit, diserte adhibuerit vocem constitui. *Inde & ego in Scholio subjecto hac voce usus sum. Qua fronte ergo Autor jam negabit, sibi non esse sermonem de constitutione?*

Sed moribus hodiernis, quia cessiones raro in usu sunt, ita fere obtinet, ut si plene de Servitute convenerit, sine & usu juris expresso, tunc valeat servitus; maxime si traditio instrumenti aliave externa demonstratio accedat: Autores vid. apud Zutphen. *Tit. de Servit. §. 9.*

SCHOLIUM.

Patientia tamen, tanquam alter modus constituendi servitutum affirmativarum, videtur esse necessarius, & adeo ea, quae Autor hic differit, tantum procedent de servitutibus negativis.

RESPONSIO.

Non venit in mentem nobis negare, patientiam usus hodieque esse modum acquirendi servitutem, nihilo magis quam praescriptionem esse talem constat. Servitutes negativas, quae dicuntur a Thomasio, per cessionem in Jure fuisse acquisitas, arbitramur. Et cum cessio fuerit communis omnibus servitutibus, ad positivas aeque pertinet observatio de die & conditione, quam ad privativas, quae in non faciendo consistunt. Verum quod ultimo loco de usu hodierno dixi, servitutes nunc sola conventione acquiri; de negativis accipiendum esse, facile concesserim: In caeteris patientiam usus & praescriptionem adhuc vigere, omnino statuendum est, ad quam rem sequentia pertinent.

N. ADDIT.

Ergo pax hic inter nos est. Nisi quod petatur, quod est in quaestione, dum Autor hic repetit, servitutes negativas demum per cessionem fuisse acquisitas. Negamus hoc, & urgemus de negativis d. §. 4. *Praeprimis cum constitutio ibi non opponatur modo acquirendi, ut patet exemplo testamenti, cujus ibi fit mentio.*

10. Discrimen, quod veteres habent inter causas & modos acquirendi servitutes, video quosdam hodie sic interpretari, quasi usum amplius non habeat, adeo ut pacta, quibus domini promittunt jura servitutum vicinis, non modo paciscentes obligent, sed etiam contra quoslibet possessores valeant. *Vid.* Carpz. *def. for. part. 2. Const. 41. def. 14.* Cum tamen jure Caesareo nihil certius sit, quam jus in Re nuda conventione non constitui, ut probavimus *lib. 4. Digress. cap. 7.* Proinde ut ad dominium requiritur actus traditionis, sine quo personalis Conventio non afficit tertium, ita nec servitus ultra paciscentes extenditur, nisi praeter pactum conventum patientia usus, Cessio in jure, aut alias praescriptio accedat, ut diximus ad *tit. Inst. de servit. posit. 28. & tit. ff. Si servit. Vind.* Pacta, contractus non tribuere actionem adversus eum, qui non pactus est, vel non contraxit, notissimi juris est, *l. 15. C. si cert. pet. l. 13. C. de O. & A.* Unde & in *l. 3. C. de Servit.* ita demum servitutes ad emptores transire dicuntur, *si ea praecesserint, quae servitutes constituunt*; ast nuda *placita tueri inter contrahentes debent*, adjicitur. Carpzovius pacta conventa, quibus servitutes promittuntur, vult in dubio esse pacta in Rem, idque probat ex *l. 9. ff. de Probat. l. 13. C. de contrah. & commit. stipul.* ubi id ita scriptum est. Quod ut ei concedamus, inde tamen minime sequitur, earum vim ad alios possessores, qui nec contraxerunt, nec heredes contrahentium fuere, produci; cum textus nihil aliud habeant, quam pacta in dubio non ad personas contrahentium solas, sed eorum quoque heredes pertinere. Denique, pacta in Rem non eo sensu personalibus opponuntur, quod rem afficiant ubicunque sit, aut contra quemvis rei possessorem valeant; sed quia non spectant unam certamque personam, verum ad heredes quoque & fidejussores, at tamen nunquam ultra vim conventionis, ut diximus ad *tit. ff. de pact. posit. 8. 9. & 10.* Contenti simus igitur & hac parte jure Civili, quod recta solidaque ratione nititur, nec adversatur institutis nostris, excepto eo, quod de Cessione in Jure modo observatum est.

TIT. II. & III.

De Servitutibus Urbanorum & Rusticorum Praediorum.

I. Expositio Rubricae remissive. II. Servitutes praediales posse quidem fieri personales, verum tunc non manere servitutes, probatur, & ab objectis vindicatur. III. Jus tamen ejusmodi perso-

personale testamento constitutum, efficacius esse, quam per contractum. IV. Rusticas servitutes posse quidem fieri urbanas in hypothesi, non vice versa, urbanas fieri rusticas. V. Servitutem luminum, esse jus habendi fenestram in alieno, vel communi pariete. VI. Vindicatur lectio communis l. 40. de S. U. P. *adversus Cujacium; & probatur,* Quemque *pariete aperto, iu eo posse habere fenestram. VII. Quid si hoc per errorem a vicino Precario sit petitum. VIII. Fenestram in pariete proprio, a tempore immemoriali positam, a vicino obscurari posse; an etiam, si jus talem fenestram habendi sit concessum? IX. Notata D. Wissenbachii sententia contraria. X. De Protectis & suggrundiis. XI. Jus Cloacæ, Rivi, fumi &c. XII. De Sterquilinio. XIII. Servitutes rusticæ obiter exposita.*

SEquitur divisio servitutum in Rusticas & Urbanas, quarum descriptiones habuimus in *Parte priore ad tit. de Servitut. n. 2. & seqq.* Intelligi Servitutes Prædiales, *initio tit. Præced.* occupatum est, quas scilicet prædium debet Prædio, sive Res Rei. Doctores volunt esse tertium genus, quando persona serviat Rei, quo referunt speciem *l. 44. D. de manum. testam. & l. 71. §. 2. de C. & D.* ad quam respondet D. Wissenbachius ad *tit. Inst. de Servit. Prædial. th.* 4. nec est necesse, plures heic loci statuere species servitutum.

2. Dignius quæsitu est, An servitutes prædiales ita possint fieri personales, ut maneant servitutes, pariantque actionem Confessoriam. Etenim personales fieri posse, cum hoc effectu, ut personæ soli debeantur, nec ad heredes aut tertium prædii possessorem transeant, non dubitatur, si Testator aut contrahentes usum & jus earum ad certas personas restrinxerint, *l. 4. in fin. & l. pen. de Servit. Rust. l. 32. de Usufr.* Hoc inquam constat, facta servitutum Prædialium ita posse constitui, ut certis personis debeantur. Sed quidam faciunt inde servitutes personales; pro qua sententia fuit Hugolinus Glossator, aliique laudati Sutholtio in *disp. 5. th. 15.* Nos in *posit. 3. ad h. t.* ita scripsimus; aliquando reales servitutes possunt fieri personales ex accidenti, si persona, cui debeantur, expressa sit; *quanquam vix est, ut illa proprie servitus sit.*

SCHOLIUM.

Sed cur non? Sane d. l. pen. de S. R. *potius est pro sententia contraria.* In l. 6. *vero* de serv. leg. *dicitur tantum, quod ejusmodi servitus non sit realis & ad heredes transeat. Nisi dicere velis, personales servitutes saltem esse usumfructum & reliquas in Institutionibus & Pandectarum libro 7. expositas; ubi tamen urgebo, non infrequens esse Imperatori, quandoque rerum species saltem nobiliores, recensere, non negatis tamen speciebus reliquis, quod exemplo quasi-contractuum & quasi-delictorum &c. facile intelligitur.*

RESPONSI *loco erunt sequentia:* I. Quia servitutes personales a Juris auctoribus sunt proditæ in *lib. 7.* Ususfructus, Usus, Operæ, & Habitatio, a quibus facta prædialium servitutum aliena sunt. II. Quia si quid juris Prædio, quod servitus non sit, imponatur, id valet ut Conventio, vel ut Legatum, aut fideicommissum, non jure servitutis; Textus in *l. 13. in pr. D. Comm. Præd. l. 12. D. ann. leg. l. ult. de contrab. e mpt.* quæ debent addi *legi pen. de S. R. & l. 6. de Servit. leg. in d. pos. 3.* adductis. Ajunt illi, sicut præter ordinarios Contractus & delictorum nomina, dantur species adfines, quæ vocantur quasi-contractus & quasi-maleficia, denique contractus innominati, sic etiam cum servitutibus esse comparatum. Sed hoc probari deberet; nec enim a Juris conditoribus idem in Servitutibus, quod in Contractibus & delictis, introductum esse videmus. Tu vide omnino Cujacium in *lib. 24. observat. cap. 22.* ubi species *d. l. 13. l. 12. & l. ult. §. ult.* subducit & ad hanc quæstionem applicat.

N. ADDIT.

Regero ad I. sunt proditæ quidem personales servitutes frequentiores & nobilissimæ in lib. 7. *non exclusis tamen aliis, quæ per varias easque infinitas pactiones de novo introduci possunt. Ad II. Concedo rem, nego applicationem. Nam hic in quæstione est, annon id, quod imponatur prædio, sit servitus. Ad III. Non percepit mentem nostram. Cum mentionem feci quasi-contractuum & quasi-delictorum, id volui, JCtos in titulis de quasi-contractibus & quasi-delictis recensere species frequentiores & nobiliores, non excludere tamen alias.* Conf. infra notata ad tit. de condict. ex lege. *Quod vero Autor hic instat, a nobis probari debere, quod idem hic sit constitutum in servitutibus, in eo miscet officia disputantium. Nos non argumentamur a pari, sed damus instantiam ad ejus responsionem primam & axioma, quod inde vult exstruere, cujus sit conclusio; Non esse alias*

servitutes personales, quam quarum meminerint JCti in lib. 7.

Eodem refertur *l. 14. §. ult. de Alim. legat.* de qua nonnihil diximus *ad tit. Inst. de Servitut.* Heic addimus, Responsionem eorum, qui *d. §. ult.* ita legunt; *Personæ tamen ejus, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur*, esse talem, quam res & necessitas exigit, ut ait Vinnius ad *§. 2. Inst. de servit.* Quid enim hoc est, quod vulgo legitur; *Nam & haustus aquæ, ut pecoris ad aquam appulsus, est servitus personæ.* Tu pone sis, *punctum* post vocabulum *Servitus*: nec quidem hæc est emendatio; quia puncta & commata in Archetypo Florentiæ nulla, vel rarissima extant. Si maxime fieri possit, ut aquæ haustus personæ debeatur, universa tamen ordine dici non posset, eam esse Servitutem personæ ut vulgata dictat; cum notissima proprietate sese ad prædia referat, & aquæ haustus, inquam, & pecoris ad aquam appulsus, *l. 20. §. 3. de Serv. Pr. Rust.* adde Wissenbach. *d. t. th. 16.*

3. Hoc interim tenendum, efficacius servituti adfine jus esse, quod personæ alicui *testamento* relictum est, quam per modum *contractus* acquisitum; Nam quæ jure contractus valent, ea rem non adficiunt, sed personas contrahentium & in jus eorum succedentium obligant, *d. l. 13. in pr.* sed quæ testamento constituuntur, ea non modo actionem personalem, sed etiam in rem producunt, ut constat ex doctrina Legatorum, *§. 2. Inst. de Legat.* Unde ex Ulpiano in *l. 5. pr. de Servit. Rust.* cum in *l. præced.* species servitutis realis ad certam personam restrictæ commemorata fuisset, subjicitur, ejusmodi jus personæ in testamento constitutum *vindicari posse*, scilicet adversus tertium possessorem, quod de tali jure per Conventionem stabilito nusquam traditur. Tantum est de hoc quæsito & ad Scholium D. *Thomasii.*

4. Paulo diversa ratio est, in oppositione servitutum Urbanarum & Rusticarum, quæ cum utraque sit prædialis & rem adficiat, Rustici autem & Urbani qualitates aliquando inter se commutentur, nihil obstat, quo minus aliqua Servitus, in rusticarum habita numero, ad urbanas referatur & ædificio debeatur, ut factum videmus de itinere & actu in *l. 20. §. 1. de servit. urb.* de aquæ ductu in *l. 11. §. 1. de Public. in rem act.* rursus de itinere in *l. 7. §. 1. l. 14. ✝. Comm. Præd.* neque in textibus illis, nec in Juris ratione quicquam est, quod illas tum vere servitutes urbanas, scilicet in hypothesi, non in genere, faciat. Nusquam tamen urbanas servitutes posse rusticas fieri legimus, non quod juris obstet ratio, sed natura servitutum urbanarum ejusmodi est, ut agris prædiisque rusticis deberi nequeant; quomodo enim jus tigni immittendi, oneris ferendi, altius non tollendi, luminibus non officiendi, similesque deberi possent locis planis, aut domibus non habentibus alias ædes contiguas, quæ sunt rustica prædia? Hæc igitur ratio disparitatis est, quod servitutes urbanæ in superficie, hoc est in ædificiis, consistunt; rusticæ in solo, *l. 3. de Servit. §. 1. Inst. eod.* & rustica prædia sunt agri ac ædificia sparsa per agros, ut demonstratum est ad *Inst. tit. de servit. n. 2.* ubi responsum quoque ad *l. 2. h. t.* ubi Neratius, *Rusticorum prædiorum servitutes* ait *esse, licere altius tollere & officere Prætorio vicini, vel cloacam habere per vicini domum vel Prætorium.* Prætoria satis constat, esse domos ampliores in agris, maxime ad voluptatem, *l. 198. de V. S.* quæ Rustica vocat Neratius a loco, *in d. l. 2.* secus ac in *l. 198.* fit; quamvis etiam rustica sint, quando a cæteris ædificiis separata sunt, *l. 4. §. 1. in quib. caus. pign. tac.* Denique, tunc illis non conveniunt urbanæ servitutes, ut altius non tollendi similesque demonstratæ. Atqui diversum a prædictis indicat Paulus in *l. 12. Comm. Præd. Ædificia quoque fundis & fundi ædificiis eadem conditione serviunt.* Ergo reciproca debet esse commutatio servitutum urbanarum & rusticarum. Respondebimus, juris rationem non obstare, quo minus id ita se habeat: Sed res non fert, ut servitutes, quæ urbanæ dicuntur, rusticis prædiis debeantur. At rusticæ, ut iter, actus, via, aquæ ductus, & reliquæ, possint ab ædificiis deberi agris, & a fundis iterum ædificiis, *l. 14. d. t. Comm. Præd.* Ac ita vere dicitur, ædificia servire fundis, & fundos ædificiis, non tamen respectu servitutum, quæ urbanæ in suo genere dicuntur.

5. Hæc de affectione divisionis hujus in genere. Debebat in *hoc tit.* sequi singularum enumeratio servitutum, nisi illa jam occupata esset in *Parte priore.* Habuimus ibi servitutem Oneris ferendi, Tigni immittendi, Stillicidii recipiendi, aut non, Fluminis recipiendi aut avertendi, vel non, Altius tollendi, Luminibus officiendi, vel non, quibus adjecimus explicationem Servitutis Luminum & Prospectus. Luminum esse, quando quis in parietem non suum, sive communem, potest fenestram ponere & alter id pati cogitur; Id enim nec in communem parietem

sine

ſine ſervitute licet, *l. 40. de S. U. P.* Lumen in hoc uſu Cajus *l. 2. Inſt.* vocat *feneſtram*, bene ad hunc ſenſum, ſicut lumina tales feneſtræ apud Ciceronem *2. ad Att. ep. 3.* Ut aliquis aperto pariete ſuo proprio feneſtram in eo collocet, etſi e feneſtra in vicini aream deſpicere poſſit, non eſt opus ſervitute; nihil enim vetat, quo minus id jure naturalis libertatis permiſſum videatur, per *l. 9. b. t. & l. 8. §. 5. D. Si ſervit. vind.* Id etiam probat, & ab objectionibus vindicat D. Wiſſenbach. *ad h. t. n. 10.*

6. Verum diſſentit magnus Auctor Cujacius *l. 1. obſerv. C. 31.* Vult æque prohibitum eſſe parietem proprium aperire feneſtræ accipiendæ, quam alienum aut communem. Rationem ejus ex vetere philoſopho nihil intereſſe, *pedes an oculos in alienum inferas*, ut nimis philoſophicam minimeque forenſem, bene removet D. Wiſſenbach. Sed Cujacius tam levi argumento non veretur mutare Lectionem Florentinam, ut in *d. l. 40.* pro *Communi*, legatur, *cæco.* Quam, etſi rarus Criſeos, emendationem probat Mornacius *in Comment. ad d. l.* Sed quæ neceſſitas mutandi ſacram Lectionem Florentini libri? Res non jubet; nam de proprio pariete facere quod libet, licet, ſi non tangas alienum; de oculis, qui per feneſtram parietis noſtri in alienum ſolum conjiciantur, nugatorium eſt; illos enim paſſim vertere jus eſt, quo pedes non eſt. Sed Conſtantinus Harmenopulus *lib. 2. epit.* ita legit, ejusque verſio in baſilicos relata eſt: *ὁ μὴ ἔχων δίκαιον φωταγωγῶν θυρίδων, ἐ δύναται τυφλὸν τοῖχον ἀνόιγειν καὶ ποιεῖν θυρίδας. Qui non habet jus luminum, non poteſt cæcum parietem aperire & feneſtras facere.* E Græcis, maxime baſilicis, multa juri illuſtrando erui poſſe certum eſt; ut tamen ad lectionem Florentinam valeant mutandam, non ſufficit auctoritas verſionis; neceſſitas juris rationum requiritur; quæ hic non modo deeſt, ſed in contrarium tendit. Græcos non *κατὰ πόδας* vertere, ſed *παραφράζειν* ut plurimum, ſuique temporis uſum aut opiniones aliquando legibus inferre, conſtat abunde, ſicut de Theophili verſione probatum eſt alias. Multa de ſervitutibus nova inque Juſtiniani jure incognita, habet Harmenopulus in *lib. 2. προχ.* inter quæ *num. 43. περὶ θυρῶν ἀνοιγμένων ἐν τυφλῷ τοίχῳ, de feneſtris in cæco pariete apertis*, ubi diſtinguit inter *θυρίδας φωταγωγὲς* & *παρακυπτικὰς*, *inter feneſtras lumen haurientes & e quibus reclinari queat corpus*, quarum illas non niſi trium & dimidii, has viginti cubitorum diſtantia ab adverſis ædibus, facere liceat, quod tamen nec ita convenit cum doctrina *d. l. 40.* Loca ſenſu inepta, vel juris rationi contraria, e Græcis emendare pulchrum eſt: De integris ſibique bene conſtantibus, non eſt quod laboremus.

7. Teneamus igitur, quemque ſuum parietem aperire feneſtræque locum facere poſſe, modo non ſit *παρακυπτική*, vel rejectitia ſupra ſolum alienum. Sed vicinus eadem libertate contra illam feneſtram ædificare, vel tignum ſuo commodo & arbitratu, ſi nulla ſervitute prohibeatur, opponere poteſt, *arg. dd. ll.* idque ſic in uſu hominum quotidiano ſervatur. Etſi nec deſunt *vulgo*, qui ſecus opinentur, & a vicinis hanc licentiam aperiendi parietem ſuum contra ipſorum aream petunt, idque ſe precario habere profitentur. Conſultus, an qui talem ediderat confeſſionem, jubente altero, feneſtram auferre cogeretur: Reſpondi, ſi hoc ſpecialiter non promiſiſſet, ad hoc eum non poſſe compelli; quia conceſſio precarii tantum ad jus concedentis pertineret; non tribueret, quod rogans jam haberet: Ergo poſt revocationem Precarii, licere vicino contra feneſtram ædificare vel tabulam ponere; cui juri per precarii conceſſionem renunciaſſe videretur. Quod etiam in eo, qui domum durante Precario emerat, obtinet, per *l. 8. §. 2. de Precar.* Fuit emptor, qui ex tali Precario conventus, & condemnatus ad tollendam feneſtram, dein ſuum venditorem convenerat ad præſtandum id quod intereſt. Repulſus eſt, etiam in cauſa appellationis, a Curia; ſimulque obſervatum, ſi appellaſſet a prima ſententia, qua juſſus erat feneſtram tollere, potuiſſe non repelli ob rationem prædictam. Sed cum per illud Precarium nulla ſervitus impoſita fuiſſet, contra venditorem ea cauſa non competebat actio, *in cauſa L. Sapæi contra N. N. ante ferias O. S. 1679.* Quin ſi obligatus eſſet ad tollendam ad nutum vicini feneſtram, alibi aperto pariete, quo minus aliam feneſtram poneret, non prohiberi potuiſſe exiſtimo; quia nulla ſervitus domui aut parieti erat impoſita, nec contractus ultra id, quod ſpecialiter comprehendit, produci poteſt.

8. Conſultus ſum & alias e contrario, an is, qui vicino conceſſerat, ut ei feneſtram in ſuo pariete, & in concedentis aream deſpectantem collocare liceret, ipſe vel ejus heres contra illam fe-

nestram ædificare, vel aliquid erigere posset, si modo fenestram non attingeret. Respondi, bonam fidem contractus & probabilem partium voluntatem non permittere, ut lumen ejus fenestræ penitus intercludatur: non magis quam heredi hoc licet in domum a Testatore legatam, *l. 30. de Usufr. l. 10. in fin. de S. V.* Sed quo minus prospectum, qui fenestram poni concessit, intercipiat, non videri esse prohibitum. Nec enim is, qui vicino concessit in proprio pariete fenestram ponere, se ipsum ad servitutem obligavit; cum species servitutis, ut prædictum, illa non sit. Hinc etiam tertius possessor domus, in quam fenestra despicit, non prohibetur ejus lumini, pariete contra educto, penitus officere; quia nec Servitus domum, nec obligatio personam ejus habet devinctam: etsi *vetustissima* fenestra. Reperioque ita judicatum in Suprema Curia apud *Nautam.* Erat, qui contra vicini fenestram, in suas ædes hortumque despicientem, tabulam collocare parabat: quod alter ei non licere contendebat, dicens, se jus luminum immemoriali præscriptione acquisivisse. Probabat, illam fenestram in eo loco fuisse ab antiquo; nihilominus repulsam tulit; quia fenestram habere in proprio pariete, licet in alienum spectantem, non est servitus vicini prædii, sed facultas utendi re sua, quæ lapsu temporis non recipit mutationem, nec domino jus, in vicini præjudicium, quo minus ille sua libertate vicissim uti queat, tribuere potest. Sic, inquam, judicatum est, eum, qui fenestram in suo pariete, despicientem in alienum solum habuerat, a tempore licet immemoriali, non posse vicinum prohibere, quo minus contra ædificando vel tabulam præfigendo prospectum illius fenestræ impediret, modo nihil quod est vicini, tangeret aut imminueret. *In causa, Sake Sakes Broersma, contra Dominicum Oetsma, d. 27. Octobr. 1642.*

9. Ex his liquet, minus recte D. Wissenbachium videri accipere servitutem Luminum *in d. tb. 10. ad h. t.* Fas *nobis est & liberum*, inquit, *fenestras in pariete nostro positas habere, luminis hauriendi causa. Sed vicinus opere juxta parietem nostrum erecto, luminibus nostris officere non prohibetur, nisi imposita servitute luminum impediatur.* Imo hæc est servitus *altius non tollendi*, per quam vicinus prohibetur, opere exstructo, meis luminibus officere. Luminum Servitus nihil est aliud, quam quod Paulus ait in *l. 4. h. t.* qua vicinus lumina, id est fenestras nostras, excipere, sive recipere in suo pariete cogitur. Non est Luminum servitus, pati vicinum habere fenestram in suo proprio pariete, sed est facultas libertatis naturalis; Verum promittere, non obstructum iri lumen illud, est servitus, inquam, altius non tollendi, vel luminibus non officiendi; minime vero Servitus luminum. Dicta Wissenbachii rectissime alioqui se habent, & cum nostris modo positis conveniunt.

10. Inter species servitutis in parte I. intactas, est Servitus *Projiciendi Protegendive*, *l. 2. h. t.* Projectum quid sit, docet Javolenus in *l. 242. §. 1. de V. S.* Scilicet, *quod ita provehitur super alienum solum, ut nusquam requiescat, qualia mæniana & suggrundia*, quæ ædificantur super trabes e nostro ædificio supra solum vicini projectas. Hoc absque servitute nullo modo licet, juxta regulam, quod dominus soli sit dominus cœli & superficiei. An a *Projectis* differant *protecta*, quæritur, plerisque confundentibus. Sed diximus in *posit. 2. h. t.* Protecta esse prominentias tignorum & tegularum supra solum alienum, ad parietem nostrum contra pluviam protegendum; quod, si non excedat stillicidii nobis competentis rigorem, sine servitute licet, *l. ult. §. ult. h. t.* alioqui servitutis opus est, *d. l. 2.* Protecta igitur sunt etiam projecta, non quævis projecta nomine protectorum veniunt, ut recte etiam monet D. Thomasius ad *posit. I.*

SCHOLIUM.

Quæ differunt tanquam latius & angustius. Nam qui projiciendi servitutem habet, habebit & protegendi, ein Wetterdach zu bauen, *quia & hic aliquid projicitur. Non vice versa, qui protegendi servitutem habet, poterit etiam extruere mæniana; hæc enim non protectionis, sed prospectus gratia habentur.* Adde posit. seq.

Sub projectis comprehenduntur mœniana, suggrundia, quæ a protectis diversa sunt. Non videtur etiam recte Brissonius suggrundia idem esse dicere, quod Græci vocant γεισηποδίσματα. Nam hæc esse fulta columnis in solo vicino positis, vox indicat; suggrundia in alieno non requiescunt, *d. l. 242. §. 1.* sed a domo habente jus servitutis *suggrediuntur*, ut monet Gœddæus ad *d. §. 1.* nisi quis malit a *suggerendo* dictas; juxta quam Etymologiam possent etiam columnis in solo stantibus niti suggrundia, sive suggrundæ, ut idem forent quod γεισηποδίσματα, qualia ponendi in alieno jus, adhuc graviorem inferret servitutem. Mœniana certe columnis etiam fulcita fuisse, doce-

cet exemplum ab Alciato ad *d. l. 242.* e veteribus Grammaticis relatum; fuisse Romæ *Manium* hominem prodigum, qui post omnia bona tandem vendiderit domum apud Forum, unica excepta columna, a qua deinde tigna projecit, quo amplius podium efficeret; unde gladiatorios ludos conspiceret.

11. Accensentur adhuc servitutibus urbanis, sequentes species. Servitus Cloacæ emittendæ, *l. 7. de Servitut.* hoc est, ut puto, Cloacam subterraneam emittendi per alterius fundum; nam Cloaca est locus concavus, per quam colluvies fluit, *l. 1. §. 4. de Cloac.* Loci aperti & in longitudinem depressi, quos vulgus hodie Cloacas vocat, potius sunt rivi, *l. 1. de Rivis.* Cujus habendi jus per fundum alienum, est etiam Servitus, a jure Cloacæ distincta, *dd. ll.* An detur servitus Foraminis ad proluendas sordes, & qualis illa sit, occurret nobis *in tit. Comm. de Servit.* Memoratur & servitus immittendi fumi in superiora ædificia, & immittendi aquam in inferiora, *l. 8. §. 5. Si servit. vind.* Denique, jus aliquid positum habendi in alieno, vel in suo positum non habendi, ad hoc genus Servitutum pertinet, *l. 17. §. 1. eod. tit.*

12. Etiam hoc; Juxta parietem communem liberum est facere, quod singulis commodum est, etsi paries inde humorem capiat, *l. 19. in pr. h. t.* An & sterquilinium, si paries inde madescat? Juxta alienum parietem non licet, *l. 17. §. ult. Si servit. vind.* juxta communem videtur licere, *arg. d. l. 19.* nisi adfectatum minimeque necessarium sit, quo casu judicis officio malitia cohiberi debet. Alioqui, re sic ferente, quilibet in suo potest facere quod ex usu sit, dum nihil attingat alienum, ut notum ex *l. 8. §. 5. Si Servit. vind.* Quod si vitio parietis communis damnum aut incommodum inde vicino oriatur, communi sumptu parietem reficiendum, nec alterum de damno, si nulla culpa præcesserit, teneri, juris rationi consentaneum est. Hæc ita, nisi lege vel statuto receptum sit, ut qui talia instituit, certo a vicinis intervallo abstineat, qua de re lex Solonis in *l. ult. D. Fin. regund.* æquitate sua notabilis est. De *κοπρωδοχείῳ, latrina*, tradit Harmenopulus, ejus murum tribus cubitis a vicino remotum esse debere, *l. 2. tit. 4. n. 91.* Quæ moribus ita non servantur. Semper tamen id observandum, *Ne alteri iniquam conditionem inferre permittatur*, quod, ubi legibus non limitatur, judicis officio gubernandum est, *l. 17. in fin. de Serv. Rust.*

13. Servitutes Rusticæ, ad *tit. Inst. de Servitut.* expositæ, sunt Iter, Actus, Via; * quarum definitionibus quæ objiciuntur, ea removimus in *Part. 2. Digress. Cap. 12. & seqq.* Enumeratæ & definitæ sunt etiam servitutes, Aquæ ductus, & Aquæ haustus. Reliquæ, ut pecoris ad aquam appulsus, jus calcis coquendæ, arenæ fodiendæ, jus pascendi, ** non videntur egere multæ explicationis; nec quidem definitionis. In hoc Capite memorantur adhuc servitutes sequentes, Jus cogendi fructus in villa vicini, coactos habendi, pedamenta ad vineas ex vicini prædio sumendi; licere terram, rudera, saxa jacere, posita habere in alieno; lapides in alterius fundum provolvere, ibi positos habere, indeque exportare, *l. 3. §. 1. & 2. h. t.* jus habendi tugurium in alieno, *l. 6. in fin. h.* Denique, servitus navigandi per lacum alienum, *l. 23. §. 1. eod.* Nec dubium est, quin plures ex usu oppidanorum & agricolarum servitutes constitui possint; si modo Requisita proprietatis earum, quæ partim habuimus, partim in *tit. sequ.* nobis occurrent, observentur.

* De latitudine itineris in Saxonia vid. *supr. P. I. p. 131.* Circa servitutem actus monendum secundum *art. 47.* L. R. *l. 2.* licere cuivis per agrum incultum vehiculum agere, quod Jure Civili non nisi constituta servitute permittitur, *l. 11. C. de servit.* Zobel. *P. 2. diff. 35. n. 5.* Usu fori tamen *d. artic.* vix ubique observatur, saltim non quatenus agri damnum inde sentire possint. vid. *glossam ad d. art.*

** Jure nostro, quoties hæc servitus omni tempore competit, is, qui eam patitur, non potest agros colere in præjudicium Domini, qui Jus pascendi in iis habet. *P. 2. C. El. 41.* ibique Carpz. *def. 1. 5. & 6* nisi servitus hæc sit tempore circumscripta, e. g. si tantum exerceatur zu offenen Zeiten und nicht bey geschlossenen Feldern. Carpz. *l. c. def. 3. & 4.* Dicuntur autem clausa prata a Calendis Maji usque ad Festum Michaelis, agri usque ad consummatam messem. Thom. *de noxa animal. c. 15. n. 19.* & in dubio servitus hæc non quovis tempore, sed tantum zu offnen Zeiten, concessa præsumitur. Berlich. *P. 2. Con. l. 49. n. 27.* Cæterum in eo quoque Jus nostrum a Communi abit, quod hoc quemlibet in suo pascuo pecus suum pascere ac pastorem ei constituere permittat, *a. l. 2. C. de pasc. publ. & privat.* Reinh. *differ. p. 6. diff. 37.* Saxonicum non æque, nisi tres mansos, drey Hufen Acker, possideat. L. R. *l. 2. art. 54.* Berlich. *l. c. n. 38.* Carpz. *P. 2. C. 41. def. 7.*

Tit.

Tit. IV.

Communia Prædiorum, tam Urbanorum quam Rusticorum.

I. Quinque Communia servitutum Urbanarum & Rusticarum e præcedentibus repetuntur. II. Sextum Commune, quod servitus sit incorporalis, ac inde plura sequi. III. Quid juris, si plures domini non simul cedant servitutem, & discrimen inter contractus & legata. IV. Quo sensu omnes glebæ fundi servire dicantur. V. Detur usucapio, an præscriptio servitutis. VI. De qualitate communi, quod omnis servitus causam perpetuam habere dicitur. VII. Quomodo intelligenda servitus Foraminis in l. 28. h. t. *cum qua comparatur aquæ haustus e cisterna, & servitus Fumi. VIII. Qualitas Communis, Quod unaquæque servitus requirat id, sine quo exerceri non potest, ubi de Vicinia. IX. Ubi hæ proprietates non adsunt, ibi non servitutem, sed obligationem esse, nec id usu plane abolitum esse discrimen.*

IN hoc titulo Natura Servitutum, e qualitatibus utriusque speciei, tam rusticis quam urbanis Communibus, accuratius explicatur. Quasdam ex illis jam in titulo primo habuimus, scilicet, quod utraque servitus consistit in patiendo, vel in non faciendo, neutra in faciendo. Proinde in utraque, dominans tenetur ad reficiendum, quando serviens ultro non reficit. II. Utraque Servitus continere debet utilitatem dominantis, voluptatis causa non potest constitui. III. Utraque Servitus iisdem modis constituitur, modique illas constituendi habent easdem qualitates, scil. quod temporis vel conditionis adjectionem non recipiunt, *l. 4. de Servitut.* quod sine Prædiis promitti quidem possint, acquiri non possint, *§. pen. I. de Servit.* IV. Iisdem quoque modis utraque servitus amittitur, qua in re diversitates quæ sunt aliquæ, ad *tit. hujus libri postremum* videbimus. V. Commune; Nulla servitus excedere potest usum prædii, nec valet commercii causa, quæ tamen observatio in urbanis exiguum habet usum, in rusticis frequentem. Ita calcis coquendæ, cretæ fodiendæ servitus, non ultra valet, quam quatenus ad eum ipsum fundum, cui acquiritur, opus sit, *l. 5. de S. P. R.* Ita figulinæ exercendæ Servitus valet, ut in iis ea vasa fiant, quibus fructus prædii exportentur, *l. 6. eod. tit.* Verum si, ut vasa venirent, figulinæ exercerentur, non servitutem, sed usumfructum esse, docet ibidem Paulus.

2. VI. Commune; Utræque Servitutes sunt incorporales, *tit. Inst. de Reb. corp. & incorp.* Hinc alia resultant communia, Quod servitutes sunt individuæ, *l. 72. in pr. de V. O.* de qua proinde plures in solidum tenentur & agunt, *l. 17. de Servit. l. 2. §. 2. d. t. de V. O.* hinc pro parte servitus neque legari nec adimi potest, *l. 11. de Servit.* nihilo magis pro parte potest acquiri, *l. 5. in fin. h. t.* Unus ex dominis communium ædium servitutem illis non potest imponere, *l. 2. de Servit. l. 19. & l. 34. de S. R. P.* etsi pro parte retineri queat servitus, *l. 8. §. 1. de Servit. l. 30. §. 1. de S. U. P.* jam scilicet acquisita; Nam si promissa sit servitus, totum habenti fundum, isque partem fundi alienet antequam servitus actu constituatur, promissio in irritum cedit, *l. 11. d. t. de Servit.*

3. Ergo, si plures domini servitutem cedant, ex novissima demum cessione superiores confirmabuntur; etsi, dum ultima expectatur, qui pro sua parte cessit, benigna ratione prohibeatur uti jure cesso, idque cessionario permittere cogitur, *d. l. 11. de S. R. P.* Cæterum, si fundus plurium pro diviso communis sit, nihil vetat, singulis partibus imponi servitutem, *quia non sunt partes, sed fundi, l. 6. §. 1. h. t.* Dixi, quando plures domini partibus indivisis, singuli constituunt servitutem, nihil agi, quamdiu omnes cessionem non peregerunt. Ultima peracta, consolidatur & absolvitur Servitus; reliquæ cessiones particulares tantisper, dum ultima superveniat, suspenduntur, *d. l. 11.* atque tum demum, ubi ultima peragitur, reliquæ cessiones cum hac novissima conjunguntur. Ideo si præcedentes vel una ex illis in eodem statu non substiterint, sed morte cedentis aut alienatione partis fundi mutationem receperint, ultima cessione nihil agitur. Atque ideo, si duo domini diversis temporibus mortui, legaverint servitutem, nihil agitur; quia non, ut actus viventium, ita & defunctorum actus suspenduntur; sed mors, quæ est ultima linea rerum, abrumpit conjunctionem, ut notabiliter docet Paulus *in l. ult. h. t.* addens tamen hanc limitationem; ut si utriusque domini, a quo legata fuit servitus per partes, hereditates eodem tempore adeantur, tum adhuc cessiones particulatim factæ conjungantur, ac ita servitutis constitutio convalescat. Hotom. 7. *obs.* 7. D. Wissenb. *ad h. t.* ubi meminit antinomiæ, quam

quam vocat *atrocem* Car. Molinæus, in *b. l. ult.* cum *l. 26. de Stipulat. serv.* sed melius sperandum, ut paucis verbis indicat D. Wissenb. & ipsa legis species monstrat. Differentiam hanc inter cessionem, quæ fit inter vivos, & legatum servitutis a pluribus dominis successive relictum, nostris moribus explodendam esse, censent Grœnewegius ad *d. l. ult.* & iisdem verbis Joh. Veistegen *dissert. 1. de Servit. Præd. n. 4. in fin.* Ego Romanos nihilo ineptiores nostri seculi hominibus arbitror fuisse; nec quod idonea ratione nititur discrimen, temere abolendum censeo; ni totum jus positivum facere velis arbitrarium. Hæc censura, cladis juri Rom. inflictæ, causa præcipua est & peremptoria.

4. Ex incorporali & individua Servitutis Natura, sequitur etiam, quod Servitus tota sit in toto fundo eademque tota in singulis partibus; adeo ut si fundus, cui Servitus debetur, particulatim vendatur, omnes partes servitus sequatur eaque singuli recte utantur; si modo res ita ferar, *l. 23. §. 3. de S. P. R.* Idem est in servitute passive considerata: Quippe, ita per fundum est diffusa Servitus, *ut omnes glebæ serviant*, ait Javolenus in *l. 13. §. 1. de S. R. P.* Quod ita quidem subtiliter & quasi in *potentia* vere dictum, in actu tamen exercito civiliter accipiendum; ut qua parte fundi primum Servitus determinata est, ea parte consistat, cæteræque partes agri liberæ sint, *d. l. 14. §. 1.* Verum utri competit facultas determinandi, servienti? an dominanti? Celsus in *l. 9. de Servit.* dominanti videtur hoc jus adscribere, quo is *in infinitum ire agere* possit, ut tamen qua primum *viam direxerit, ea semper ire agere habeat, nec amplius mutandi potestatem debeat.* Paulus vero, *heredi*, id est servienti, *facultatem ait esse, per quam partem fundi vult constituere servitutem*, *l. 26. de S. R. P.* Ibique limitationem addit, *si modo nulla captio sit*, ut nec dominans per villam ipsam aut per medias vineas ire agere velit, nec serviens locum incommodum aut ambages demonstret. Quid ergo; suntne hæc contraria? Non videtur. Sed dicemus; utrique dari jus determinandi servitutem, uter id occupaverit. Si dominans usurpet locum servitutis, non incommodum servienti, hic opponere se non potest: si vero serviens alteri locum deneget & distinguat ad usum servitutis, hic, etiamsi nulla querendi causa, contentus sit oportet. Ita nulla contrarietas.

5. Denique Incorporalitas & hoc efficit, ne Servitus usucapi possit, quia res incorporales neque possessionem, nec usucapionem recipiunt, *l. 14. in pr. de Servitut. l. 43. §. 1. de A. R. D.* tametsi veteres vocabulum usucapionis improprie & analogice ad servitutes produxisse, liquet ex prohibita usucapione Servitutum, per Legem Scriboniam, quæ extat in *l. 4. §. ult. de Usucap.* qua de re digressi sumus in observationes aliquas *Part. II. Digress. lib. 2. C. 17.* Servitutes igitur non possunt usucapi, ne quidem longo tempore, nisi cum prædiis, *l. 10. §. 1. de Usucap.* verum tamen utilis actio datur iis, qui longo tempore aliqua servitute sunt usi, *l. 10. Si Servit. vind.* Denique longi temporis præscriptionem jure novo servitutibus applicari, non est dubium, per *l. ult. in fin. C. de Præscript. long. temp.* Sed ideo tamen minus accurate loquuntur, qui Servitutes hodie dicunt usucapi: Nam quod usucapio & longi temporis præscriptio leguntur esse adæquatæ, ad res mancipi & nec mancipi, non ad discrimen rerum corporalium & incorporalium hactenus tollendum pertinet, *l. un. C. de Usucap. transform.* Actiones, obligationes, cæteraque jura incorporalia, nusquam dicuntur usucapi, sed illis hodieque præscribitur: Usucapionis fundamentum manet possessio, quam non esse rerum incorporalium, constat ex *l. 3. in pr. de Acquir. poss. d. l. 43. § 1. de A. R. D.* In rebus soli usucapio & longi temporis Præscriptio easdem habent proprietates, ita ut quæ res olim non poterant usucapi, sicut prædia Provincialia, quibus tamen longo tempore præscribi solebat, hæ post *d. l. un.* etiam usucapi possint. Ipsa præscriptio, tam longi quam aliorum temporum, non est sublata, sed usucapio ad illam producta. Vide Vinnium *ad tit. Inst. de Usucap. & nostr. prælect. ad d. tit. n. 4.* & videbimus ξὺν Θεῷ, *ad tit. ff. de variis & temporal. Præscript.* Hæc ita quoad terminorum proprietatem; Alioqui in effectis parum differentiæ relictum esse videtur. Nec tamen nonnihil: nam in usucapione requiritur titulus & bona fides, quæ requisita ad præscriptionem non esse necessaria, docet *lex 10. h. t.* qua de re *ad tit. Inst. de Servit. in fin.* egimus, & prolixe D. Wissenb. *ad h. t. n. 23.*

6. Hæc de incorporalitate Servitutum; Sequitur VII. alia communis proprietas Servitutum, quæ est hæc; *Quod omnes servitutes* prædiorum perpetuas causas habere debent, *l. 28. de S. P. U.* Quod ut intelligatur, explicat Paulus per hanc rationem, *Et ideo neque ex lacu, neque ex stagno concedi aquæductus potest:* Quia lacus & stagna possunt arescere & exinaniri, nec ita perpetuam durandi causam, id est aptitudinem habent. Id autem

autem merito placuit, servitutem rei inhærentem inter quoslibet possessores valituram, prædii naturæ esse congruam, adeoque durare, quamdiu res & prædium durat. Hoc igitur sensu omnes servitutes debent habere causam perpetuam; nec alias licet continuas, alias vocare discontinuas. Sed in usu & exercitio verum est, pleraque servitutes urbanas habere continuum & æquabilem, Rusticas interruptum usum, ut idem Paulus indicat in *l. 14. de Servitut.* verum nec hoc perpetuum est, nec ad mutandam juris rationem pertinere videtur, ut probavimus *Parte II Digress. C. 17. n. 15.* Sed difficile explicatu est, quod Paulus in *præd. l. 28.* profert exemplum, in quo negat esse naturam servitutis, quia *non habet perpetuam causam*, & tamen ille perpetuitatis defectus in exercitio juris, non in aptitudine consistere videtur; Est species, quæ usum habeat. *Foramen*, inquit Paulus, *in imo pariete conclavis vel triclinii, quod esset pavimenti proluendi causa, id neque tempore adquiri placuit: hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex cælo aquæ veniat; neque enim perpetuam causam habet, quod manu fit.* Hanc rem aliter se habere moribus hodiernis, auctor est Grœnewegius *ad d. l. 28.* rationem reddens differentiæ; *quia nostrates mulieres sunt*, ait, *mundiores, quam Romanæ fuerunt, quæ spongiis pavimenta detergebant, l. 12. §. 22. de Instrum. leg. cum nostrates scopis & aqua multo abundantiore sordes per foramina proluant, adeoque multo major & frequentior fit apud nos aquarum ea colluvies, quæ manu fit, quam quæ ex cælo cadit.* Sed quam hæc αἰτιολογία parum adversus Paulum faciat, ultro Lectori patere crediderim.

7. Grœnewegius putavit, foramen intelligi in pariete dominantis, per quod sordes eluantur in vicini solum aut vicum. Verum cur hæc non æque possit esse Servitus, quam est servitus ca[...]endi & provolvendi lapides, aliquid ponendi in alieno, vel tugurium habendi, de quibus *supra* intelleximus, nulla videtur ratione constare; cum hæ non minus requirant [...]anum, quam servitus Foraminis, ut a Grœnewegio accipitur, quæ sic utique aptitudinem ad usum sui æque habet perpetuam atque priores. Quid enim aliud est Servitus rivi aut cloacæ, quam jus aquam sordesque nostræ familiæ in alterius rivum aut cloacam projiciendi? Accursius & Glossa in *d. l. 28.* foramen intelligunt in pariete *serviente*. Casum ita ponunt; *Concessisti mihi tale jus, ut in tuo pariete esset foramen quoddam, per quod traberetur aqua ad lavandum pavimentum domus meæ.* Ratio glossæ videtur esse, quod foramen in proprio pariete nullam possit habere speciem Servitutis, cum quisque parietem suum pro lubitu aperire queat: Onus autem accipiendi sordes aut aquam vicini per illud foramen, non esset Servitus foraminis, sed Rivi aut Cloacæ, inquam. Ergo servitutem foraminis oportet in ejus esse pariete, qui foramen pati cogitur, ut est omnium natura servitutum. Hæc quidem Accursius & Vivianus non sine ratione. Nec est tamen facile, speciem usus in tali servitute animo concipere: Ut ego habeam foramen in imo conclavi aut triclinio vicini mei, quod meo pavimento proluendo serviat: Nisi forte ita; si ponatur fons aut flumen in ædibus vicini, ex quo mihi liceat per foramen & tubum in ipsius vicini pariete, aquam educere mei pavimenti proluendi gratia. Si hoc jus ita exerceatur, ut in eum locum, ubi foramen est, aqua identidem manibus ingerenda sit, negat Paulus, eam esse servitutem, cujus omnis usus in manuali exercitio consistit. Dantur quidem servitutes, quæ a dominante non nisi manuum pedumque opera possunt exerceri, ut ipsum Iter, Actus, Via, cæteræque modo nominatæ servitutes; sed loci servientis natura semper ejusmodi est, ut ad recipiendum servitutis usum parata sit. At in hoc jure Foraminis, locus serviens non est aptus ad exercitium Servitutis, nisi aqua identidem manu in istum locum ingeratur. Hæc igitur inde resultat observatio; *Servitus omnis debet habere causam perpetuam, hoc modo, ut loci servientis conditio semper idonea sit ad usum servitutis, nec ad illum procurandum manu sit opus, Quo minus hi, quibus competit Servitus, manus pedesque moveant ad eam exercitandam, nihil vetat & necessarium est.* Hinc jam nulla difficultas est, quæ alias mihi visa fuit; cur fumi immittendi Servitus, ad quam manu opus est, magis quam Foraminis, quia manum requirat, constitui possit, *l. 8. §. 5. Si servit. vind.* Nam ad fu[...] immittendum manu quidem dominantis, sed nulla servientium opus est. Quod si in locum Foraminis aqua de cælo cadat, jam Servitus foraminis esse potest, *d. l. 28.* Quia, *etsi non adsidue fit, ex naturali tamen causa fit, & ideo perpetuo fieri existimatur*, habetque sine manu perpetuam aptitudinem, ut quoties pluit, aqua per foramen & tubum in meum pavimentum deriveur, quo sensu *Stillicidii quoque immittendi naturalis & perpetua causa* dicitur in *d. l.*

d. l. 28. in fine. Atqui in cisternam cadit etiam aqua de cœlo, & tamen e cisterna non potest servitus aquæ haustus constitui, *l. 1. §. 4. de fonte. Quia*, redditur ibi ratio, *non habent perpetuam causam, nec vivam aquam, sed imbribus concipiuntur.* Quæ res se prorsus eodem modo habere videtur in priore casu. Respondetur, in *d. l.* 1. *§.* 4. agi de servitute aquæ haustus, ubi consideratur usus aquæ hauriendæ e cisterna, amplius nihil: unde veniat aqua, in hac servitute non consideratur: Locus serviens est cisterna, quæ non semper idonea est ad aquam hauriendam; si quis autem jus aquam derivandi in cisternam, in foramen, constituere velit, jam nihil obstat, quod non semper aqua in eam cadat; cum potentia & aptitudo semper adsit æquabilis, idque ad perpetuitatem causæ sufficit.

8. Ad postremum Commune Servitutum, pertinet hæc regula, quod unaquæque Servitus requirit id, sine quo non potest commode exerceri. Hinc is, cui Iter aut Actus per alterius aream debetur, solum serviens, si nimis altum aut inæquale sit, demoliri, & in clivos vel gradus distinguere potest, *l. 20. §. 1. de Servit. Urb.* Qui aquæ haustum habet, iter quoque ad aquam habere videtur, *l. 3. §. ult. de S. R. P.* Qui debet mihi servitutem stillicidii, non potest altius ædificare meo tecto; quatenus non impediat, ita potest, *l. 21. de S. U. P.* Hinc etiam quod de *Vicinia* quæritur, dijudicandum est; talem nec aliam requiri, quam natura cujusque Servitutis postulat. Nihil usquam minus necesse fuit statuere, quod aliqui volunt, Juris Auctores sibi non constare, quam in hoc articulo. Viciniam fundi dominantis & servientis, in universum requiri, indubitatum est, *l. 5. §. 1. l. 24. de S. R. P.* sed immediatam requiri viciniam, nec in iis locis, nec alibi usquam scriptum est; nisi quam res ipsa postulat, ut in tigni immittendi, oneris ferendi, similibusque. Sed aquæ haustus concedi potest via publica interveniente, *l. 14. §. ult. de Servit.* Via, flumine interjecto, *l. ult. de S. R. P.* quam vide tamen. Iter & actus, alio prædio interjacente, *l. 17. §. pen. de Aqua & aq. pluv. l. 31. de Servit. rust.* Quin & in urbanis prædiis parvi referre, vicinæ sint ædes an non, habetur in *l. 6. h. t.* modo sit ejusmodi servitus, ut inter remota prædia exerceri queat, sicut exponitur in *l. seq.* Quid est evidentius, quam Servitutem prospectus inter prædia, non sine medio vicina, posse consistere? quippe qua continetur, *ne quid alteri officiatur ad gratiorem prospectum & liberum*, quod longiuscule extenditur in *l. 15. de S. U. P.* Etsi tam minime in longum quam volebat L. Fusius apud Ciceronem 1. *de Oratore*, quam enarravimus historiam *in Part. II. lib. 2. Digress. c. 16.*

9. Denique hoc est utrique Servituti Commune, quod is, qui uni constituit Servitutem, is in eodem loco si eidem alii servitutem concedere non prohibetur; modo natura servitutis ejusmodi sit, ut in usu pluribus sufficiat, *l. 15. h. t.*

10. Quod attinet ad usum horum requisitorum, diximus *supra* & sæpe *alias*, Auctores Juris Romani non secutos esse in hisce requisitis inanes subtilitates, sed exactam civilemque rerum & jurium considerationem: Quæ ubi demonstrari potest, non oportet nos esse faciles multiplicandis *legibus abrogatis*, in quo Auctores illius instituti nimis liberales sunt. De nostro usu nihil equidem dubito, quin hæc valeat regula: *Quicquid Statutis non est abrogatum, nec re ipsa mutatum, hodieque valere.* Proinde quod pro parte servitus acquiri & amitti non potest, quod Servitus debet habere causam perpetuam, etsi Grœnewegius & alii abrogatum esse scribunt, non magis apud nos abolitum existimo, quam quod mox de vicinia collocavimus.

Ideo Servitutes, Aquæductus, Aquæhaustus, Pecorisque ad aquam appulsus, vix est ut in Frisia dentur, quia non habemus fontes, nec fluvios, in agris privatorum; e puteis autem, e cisternis, specubus, & stagnis privatis, quibus abundamus, concessæ facultates illæ servitutes non sunt, quia non habent causam perpetuam, *l. 1. §. 4. ff. de Font*, obligationes tantum sunt, e quibus oritur actio in personam, non in rem adversus quemlibet possessorem, *arg. in l. 13. in pr. ff. Commun. Præd.* Neque turbat, quod Paulus in *l. 9. de S. R. P.* suggerit; *hodie* Servitutem aquæductus vel aquæhaustus ex *quocunque loco* constitui solere. Id enim de quocunque loco fluminis perennis accipiendum, quo pertinet etiam *l. 1. §. 8. & 14. de Aqua quotid. & æst.* Valent igitur jura qualitercunque, sine proprietate Servitutis constituta, sicut jure conventionis valere possunt, ut *supra* demonstratum est; Tuendi etiam sunt in possessorio, qui in exercitio jurium acquisitorum, etsi non sint Servitutes, de facto turbantur, officio Prætoris, *per l. 2. h. tit. l. 1. §. 11. & 12. de Aqua quotid. & æstiv.* At si Tertius possessor, qui obligationis vinculo non continetur, judicio contendat, non esse jus vicino, aquam v. gr. e sua cisterna hauriendi, calcem in suo solo ultra prædii usum coquendi,

 simulia-

similiaque jura (quatenus rem *sine lege* adficere non possunt,) exercendi, nihil causæ video, cur expectandum non sit, ut alter ab hujusmodi juribus exercendis desistere jubeatur, salvo jure suo adversus eum, qui talia per contractum ei concessit atque constituit. Pessimo errore fit, ut jura in Re & ad Rem dicta confundantur, ac obligationis personalis vinculum in onus reale ac prædiale mutetur. Si juris ignoratio magis quam diversa Legis auctoritas id alicubi introduxerit, ubi Religio Juris Romani salva remansit, cavendum, ne exemplis temere editis jura subigantur.

Tit. V.

Si Servitus Vindicetur, vel ad alium pertinere negetur.

I. Expositio remissiva. II. De servitute dari actionem in personam, si nondum sit acquisita; deinceps in Rem, & hanc competere, si legata sit Testamento. III. Ratio intentionis in utraque actione, ut & in Negatoria. IV. Negatoriam recte dici vindicationem; nec tamen actorem heic ad probandum regulariter teneri. V. Aliquid de possessorio servitutis judicio, remissive.

QVo ad *hunc tit.* de Actione Confessoria & Negatoria minus multa dicenda sint, facit quod *ad tit. Inst. de Act. n. 5. & seqq.* collocavimus I. Definitionem & fundamentum actionis Confessoriæ atque Negatoriæ. II. Defendimus Justinianum in eo, quod dixit *§. 2. d. t.* negatoriam *non* dari de rebus corporalibus, quia de his possessor nunquam agit, quod secus sit in negatoria, quæ datur *etiam* possessori Servitutum; non ait, eam *semper* dari possessoribus; Et tamen hoc etiam sano sensu dici potuisse, probatur *n. 6.* modo non de possessione prædii, sed de quasi-possessione Servitutis, de cujus jure agitur hac actione, capiatur. III. Egimus de famoso casu *unico*, in quo Possessor rei corporalis agat in rem, *n. 7.* IV. Quomodo fieri possit, ut actio Confessoria verbis constet negativis, & Negatoria verbis positivis, demonstravimus *ex l. 4. §. 7. h. t.* Præterea quasi ἀπὸ κοινῦ repetendum, quod *ad tit. Si usufr. pet.* præcedente *libro* de ratione nominum Confessoriæ & Negatoriæ exposuimus *n. 1.* item quod accurate, an usufructuario detur Vindicatio Servitutum, est disputatum *num. 2.*

2. His præmissis, dicendum, e Servitute duplicem actionem dari, personalem, atque in Rem: quæ vindicatio dicitur in hac Rubrica, latiore vocis sensu. Actio in personam datur, quando Servitus nondum actu est *acquisita*, sed tantum *constituta* per promissionem, *§. ult. I. de Servit. junct. l. 3. de O. & A.* Si testamento sit relicta Servitus, magis est, ut tam pro modo acquirendi, quam pro causa constituendi, legatum haberi debeat, adeoque tam in rem, quam e testamento in personam, actio convenire videatur. De hac non est dubium; quando satis constat, actionem in personam e testamento dari de omnibus rebus legatis, juribus, ac etiam factis, *§. 1. in fin. & §. 21. Inst. de Legat.* Actio in rem probatur exinde, quod *ea, quæ legantur, recta via ab eo, qui legavit, ad eum, cui legata sunt, transeant, l. 64. in fin. de Furt.* idque ipso jure, sine ullo heredis facto, *l. 80. de Legat. 2.* quemadmodum semper alias testamenti virtus ex eo cognoscitur, si actionem in rem pariat, quam conventio producere non potest, qua de re specimen extat in prohibitione de non alienando, quæ facta per conventionem, nihil quam actionem parit in personam; sed per testamentum, rei vindicationem præstat, ut dictum est *ad tit. Inst. per quas person. cuiq. acquir. in fin.* Secundum hæc, Servitus legata statim vindicari posse dicitur, sine mentione traditionis, in *l. ult. de Servit. leg.* cum quo bene convenit, quod in *l. 19. §. 1. Quib. mod. servit. amitt.* Via legata, legatarii propria fuisse dicitur, etsi acquisitam sibi esse nec dum cognoverat.

3. Quare qui Servitutem sibi promissam nondum patientia usus quasi traditam, petere vult a promissore, siquidem is prædium possideat, aut ejus heres; contendere potest, *ut possessor condemnetur ad patiendum, quo sibi liceat ejusmodi servitutem, qualis ei promissa fuit, in alterius fundo exercere, & actus ei convenientes instituere, cum fructibus & eo quod interest*, secundum *l. 6. §. pen. h. t.* Si possessor jam non possideat fundum, in quo mihi Servitutem promisit, petere tamen possum, *ut condemnetur ad præstandam mihi servitutem, quam promisit, aut id quod interest mea*, quod mihi promissum non sit præstitum; ut ex omni promissione solitum esse agi, satis constat. Verum quando Servitus non modo est *constituta* pactione

pactione vel stipulatione: (sic constituendi vocabulum a Justiniano accipitur *in d. §. ult.*) sed etiam acquisita per aliquem istorum modorum, quos antehac vidimus, cessione, patientia usus, praescriptione, vel etiam per testamentum; tum proprie competit actio *Confessoria*, qua contendit Actor, ut *praedium alterius suo praedio, tali aut tali servituti declaretur obnoxium, reusque condemnetur ad patiendum, ut ipse tanquam possessor praedii dominantis, quoslibet actus isti servituti convenientes libere exerceat, alterque ab omni impedimento ac oppositione desistat, cum eo quod interest* &c Etiam ab adversario potest exigi cautio, de jure agentis imposterum non impediendo ‡ aut diminuendo, justa causa judicis officio aestimanda, *l. 7. & l. 12. h. t.* Si quis praedium suum non putet esse subjectum Servituti, quam vicinus usurpat, datur ei *Negatoria*, per quam contendit, ut *praedium suum declaretur liberum ab ea servitute, quam adversarius usurpat, isque condemnetur ab omni actu usuque servitutis abstinere, sibique id quod interest praestare, l. 4. §. 2. & 7. h. t.* denique, judicis officio petitionem cautionis de non turbando ‡‡ in futurum adjicere potest, *d. l. 7. & l. 12.*

4. Hanc negatoriam non esse e Servitute, sed ex libertate dominii, dictum est ad *§. 2. Inst. de Act.* eamque nec esse Vindicationem, monet D. Wissenbach. *ad h. t. in pr. arg. Rubr. Si servit. vindic. aut ad al. pertin. negatur.* eoque exemplo probat, non omnem in Rem actionem esse Vindicationem. Sed quod vulgo ajunt, negatoria quidem non vindicari Servitutem, ut est in hac rubrica, sed aliquid tamen vindicari, id est libertatem jusque dominii, facile defenditur eo, quod Justinianus ait *in §. 15. I. de Action. Appellamus*, inquit, *in rem actiones Vindicationes*, indistincte. Vindicare enim est in rem agere. Sed an exinde sequitur, eum, qui agit negatoria, teneri ad probandam libertatem praedii, an vero locum hic habet regula communis, quod negantis per rerum naturam nulla sit probatio, *l. 23. C. de Probat.*? Wissenbachius Mynsingerum reprehendit, qui sic statuat 1. *observat. 19.* nihil quam dominium negatoria agenti esse probandum. Atqui is ne quidem dominii probationem semper ei incumbere docet, non unique si possideat, verum tantum si possessione careat, & quidem recte, ut videtur. Multo minus qui negatoria experitur, simpliciter obligatus videri potest, ad probandam praedii libertatem, ut contendit D. Wissenbachius. Quippe si formam agendi consideres, non est alia in hoc casu actoris ratio, quam negare vicino servitutem, quam usurpat, eam illi competere; quae res in thesi collocata non recipit probandi facultatem; in hypothesi quandoque potest, ut si dicat, fundum aliquando serviisse, verum extinctum esse jus ejus, tempore, non utendo; vel si dicat, servire quidem domum suam, at non ei, qui nunc agit, ut in saepe dicta *l. 4. §. 7. h. t.* Ejusmodi casibus non est quod recedamus a regula communi, unumquemque ad id, quod adfirmat, probandum teneri, actorem, aut reum; sive intentio ejus prima & summa sit positiva, seu negativa, *l. 19. in pr. de Probat.* qua de re ad *tit. de Probat.* Hujus rei observatio aliter in usu negotii se habere non potest.

5. Caeterum si plures sint, quibus Servitus debetur, aut qui debent Servitutem, singulos in solidum agere, atque teneri, cum res divisionem non recipiat, jam dictum est *supra*, & habetur in *l. 5. §. 4. h. t.* Notum est etiam, Judicia de Servitutibus esse petitoria, vel possessoria. Prioris generis sunt actiones hujus Rubricae. Possessoria dantur ex Interdictis, de quibus *in lib. 43.* quorum usus frequentior est, quam disceptationes pleni juris de servitutibus, quo pertinet, quod in civitatibus nostris cognitores *politici*, ut vocant, sunt constituti, qui de hujusmodi quaestionibus inter vicinos cognoscunt & sententiam ferunt, super *possessorio* tantum; ordine quoque summarissimo; & datur ab illis appellatio ad Magistratus loci, ab his rursus ad Supremam Curiam. Potest etiam qui victus est apud illos, misso possessorio, recte petitorium instituere, quod fit per Confessoriam vel Negatoriam, de quibus heic actum est. Sed lex methodi jubet, ut de possessorio in locum sui Tractatus agere differamus.

‡ Jure Saxonico novissimo notamus, alterum condemnatum ad non faciendum, aut ad abstinendum sese ab re aliqua, non cautione, sed mulcta certa in casum contraventionis constringendum, quam a contraveniente exiget judex, & iterare factum duplicata nunquam non mulcta vetabit. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 39. §. 3.*

‡‡ Confer ea, qua paulo ante ex *O. P. S. E. I. & E.* produximus.

TIT. VI.

Quemadmodum Servitutes amittantur.

I. Quinque modi servitutem amittendi. Primus, Confusio. *II. Remissio expressa, vel tacita. III. Negligentia, non utendo, & quid juris, ubi servitus alternis annis legata sit, ejusque cum Usufructu hac parte comparatio. IV. Quid si ut quinquenniis singulis semel exerceatur? V. Non usu ex impedimento rei, servitutem non tolli. VI. In præscriptione urbanarum, secus ac rusticarum, requiri usucapionem libertatis, ejusque ratio. VII. In urbanis usucapiendis tempora non conjungi. VIII. De Rusticis secus, non utendo per modum. IX. De modo finiendi servitutes, per rei* interitum.

ULtimus locus est, ut esse debet, de modis amittendi Servitutem; qui sunt quinque numero, & sic exprimi possunt; Confusio, Remissio, Negligentia, Rei interitus, & Finitum jus concedentis. CONFUSIO est, quando idem utriusque prædii dominus fit, *l. 1. h. t. l. 10. in fin. D. Comm. Prædior.* Quid igitur est, *verba sunt* D. Wissenbachii *ad h. t. in pr.* quod Papinianus notat in *l. 18. de Servit.* In *omnibus servitutibus, quæ aditione confusæ sunt* &c. tanquam sint servitutes, quæ aditione non confundantur? Respondet D. Wissenbach, distinguendo inter legatum vindicationis, & damnationis, auctore Merillio *l. variant. ex Cuj. 14.* Aliter ex Accursio & Duareno; utrum fundus pure sit legatus, an sub conditione. Rectius ita dixeris; *Legem 18.* pertinere ad hanc quæstionem; si confusione semel facta, deinde fundus serviens & dominans divellantur, an Servitus etiam restituatur; qua in re distinguendum est, inter institutum confusionis perpetuum, & temporarium. Si hoc actum sit, ut fundus serviens & dominans perpetuo sit penes eundem, etsi deinceps alter sit alienatus, nulla fit restitutio Servitutis, nisi denuo constituatur, *l. 30. in pr. de S. U. P.* verum si serviens prædium ad tempus, in eundem, cujus prædium dominatur, alienatum sit, confusio quidem ipso jure perpetratur, sed reviviscit Servitus alienato fundo, ut in *d. l. 18.* Dominus prædii servientis heredem instituit eum, cujus prædio suum servit; at suum prædium serviens legat Tertio. Hic fundum legatum e manibus heredis petere debet, cujus aditione fit quidem Servitutis Confusio; Sed legatarius pati debet, ut servitus renovetur; alioquin obstat ei, legatum petenti, exceptio doli mali, ut Paulus ait. Imo vero, (hæc est *objectio,*) etsi perpetua sit translatio ex voluntate Testatoris, tamen altero fundo rursus alienato, Servitus restituitur, *l. 9. Comm. Præd.* Respondetur, non agi in *l. 9.* de fundo alienato, sed de tota hereditate vendita. Emptor hereditatis, cujus aditione confusa fuit Servitus, debet iterum pati servitutem, quia per venditionem id agitur, ut emptor heres fuisse, nec confusio facta videatur, ut ipsa *lex* indicat.

2. Secundus modus amittendi Servitutem, est REMISSIO. Quæ vel est expressa, per declarationem animi de remissa Servitute, *l. 14. §. 1. de Servitut.* vel tacita, quæ fit per concessionem actus alicujus naturæ servitutis contrarii, ut si stillicidii immittendi jus habeam in aream tuam, & permisero jus tibi in ea area ædificandi, stillicidii immittendi jus amitto. Et similiter, si per tuum fundum via mihi debeatur, & permisero tibi in eo loco, per quem via mihi debetur, aliquid facere, jus viæ amitto, *l. 8.* Sed addendam esse *huic legi* limitationem ex *l. 17. ff. Commun. Præd.* monet Thomasius *ad posit. 3.* quæ non tam est limitatio, quam diversi generis admonitio; si quis *precario*, servituti contrarium aliquid servienti concesserit, hoc non diminuere jus concedentis. Majoris momenti est limitatio ex *l. 21. de S. U. P.* Remissionem unius servitutis, accipiendam esse sine præjudicio alterius servitutis eidem competentis, qua de re vid. Struv. *ad h. t. n. 55.*

3. Tertius modus, NEGLIGENTIA; committitur non utendo per tantum tempus,* quanto alioquin Servitus acquiritur, quod est decennium,

* Jure Saxonum uti personales Servitutes, vid. *supr. P. I. n. 142.* ita etiam reales amittuntur non usu 31. annor. 6. sept. 3. dies *a.* L.R. *l. 1. art. 29.* Carpz. *dec. 288. n. 17. seq.* Richt. *dec. 86. n. 2.* Wesemb. *in Paratitl. tit. Quemadm. serv. amitt. n. 6.* In Servitutibus tamen urbanis apud nos quoque servitus non solo temporis lapsu & non usu exspirat, sed requiritur alterius prohibitio simileve factum, ut libertatis præscriptio initium capere possit. Wesemb. *l. c. n. 5.* Schœpffer. *ad ff. eod. tit. num. 9.* Berger. *ad Lauterb. p. 155.* atque ita *resp. Fac. Jur. Lips. Mens. Febr. An. 1705.*

cennium, *l. 13. D. Si servit. vind. l. ult. C. de Servitut.* verum si hoc modo constituta sit Servitus, ut alternis annis vel mensibus exerceatur, non nisi duplicato tempore amittitur. Quod non est ita, si alternis diebus, aut interdiu tantum, vel horis alternis utenda Servitus constituta sit; tunc enim *una servitus* intelligitur, & statuto tempore finitur, *l. 7. h. t.* Nam intermissio per horas & dies, tam frequens est in servitutibus, ut ejus conventio naturam earum non mutet, nec *unitatem* divellat, *d. l. 7. & l. 14. Comm. Præd.* Sed distinctio per annos & menses, insolita ac enormis est; ideoque talis conventio *servitutem* quasi *duplicem* facit, ut duplicatum tempus ad amittendum requirat, *d. l. 7.* ubi hæc verba, *una servitus est alternis diebus*, inferunt, *cum alternis annis est constituta*, duplicem esse servitutem. Atqui Paulus idem in *l. 13. de Usu & usufr. leg.* cum viæ Servitus alternis annis legatur, tamen unam esse servitutem, docet; addita ratione, quod ad Viæ naturam pertineat intermissio. Hæc videntur esse contraria; nisi hoc modo distinguere liceat; Est una servitus actu primo, quatenus est jus eidem fundo inhærens, *l. 13.* est duplex, actu secundo & exercito, quia *tempus ejus* non est *continuum*, *l. 7.* Dicitur etiam *una*, cum oppositione Ususfructus, qui alternis annis relictus, ita resolvitur, ut instar annui legati non unum, sed *plura* legata sint, *l. 28. Quib. mod. ususfr. amittitur. l. 13. de usufr. leg.* juncta *l. 4. de Ann. leg.* Quare sicut annuum legatum universa præscriptione non tollitur, sed eorum tantum annorum, a quibus legitimum tempus est elapsum, salvis reliquis, ut ad *tit. de Annuis legat.* videbimus; ita quoque Ususfructus alternis annis constitutus, non tollitur una præscriptione. Sed quamdiu vivit Usufructuarius, ille suum jus vindicare potest amissis tantum fructibus annorum, a quibus legitimum tempus est elapsum, *dd. ll.* vid. Bus. ad *d. l. 28.* & Thomasium *ad position. nostr. 1. tit. Quibus mod. Ususfr. amitt.*

N. ADDIT.

Apposuimus jam istud Scholium in nova additione ad d. tit. *quod Autor omiserat, ne cogeretur fateri, se mutasse sententiam, quam ibi posuerat, quasi scilicet etiam ususfructus alternis annis legatus duplicato tempore amittatur, ut servitus aquæ & itineris. Hic enim diserte, relicta sua priore opinione, in sententiam scholii illius concedit.*

4. Quid si hoc pacto servitus itineris constituatur, ut singulis quinquenniis uno die liceat ire agere, aut quot anni sunt intervallares, toties multiplicatur tempus amissioni præscriptum? Justinianus nec in hac quidem specie plus semel tempus duplicat & XX. annos præscribit, *in l. ult. C. de Servitut.* quod etiam competit absentibus in ordinaria præscriptione servitutum, quemadmodum constat, tempus longum esse *decem* annorum inter præsentes, *viginti* inter absentes, *d. l. ult.* Sed quia servitutes non ad personas, verum ad prædia inter se vicina, se referunt, ubi absentiæ non videtur esse tam obvia ratio, decennium in servitutibus fere pro consueto tempore ponitur, ut est *in l. 10. D. Si servit. vind.* Verum tamen est, absentibus hoc tempus duplicari, quo pertinent verba collocata in *posit. 10.* *Cujusmodi duplex tempus etiam absentibus conceditur.* Quæ verba *D. Thomasius* ita accepit, quasi putarem, absentibus obstare præscriptionem non nisi XL. annorum, quod me nunquam ita exposuisse, norunt Auditores; nec est ita in verbis, utcumque positis concisius. Nostra Positio & Scholium ipsius ita se habent.

POSITIO.

Quæ alternis annis aut mensibus habetur servitus, ei duplici tempore præscribitur, *l. 7. h.* cujusmodi duplex tempus etiam absentibus conceditur, *l. ult. C. de Servitut.*

SCHOLIUM.

Ut hi scilicet præscribant per 40. annos. Mihi vero placet opinio dissentientium, arg. d. l. ult. C. de Servit. *per ea, quæ* Brunnem. ibid. & Struv. h. t. th. 57.

Est error Elenchi, quem dicunt.

N. ADDIT.

Mollius esset, si in prioribus terminis mansisset, me non percepisse suam mentem. Nam stilo communi error elenchi est vitium interpretis, vel opponentis: quod tamen an mihi hic sit attribuendum, & annon potius concinna brevitas Autoris huic errori causam dederit, judicet lector. Res plana fuisset, si verbo unico apposito dictum fuisset: cujusmodi duplex tempus, etiam *alias* absentibus conceditur.

5. Amissionem, quæ fit *non utendo*, per *negligentiam* committi diximus; Nam si causa non utendi ex prava rei constitutione sit orta; velut, si fons, unde aquæ ductus vel haustus debetur, exaruerit, & post constitutum tempus ad suas venas redierit, servitus quidem subtilitate juris est amissa, sed ob æquitatem manifestam Rescripto Principis,

Principis, aut officio judicis restituitur, *l. 34. §. 1.* cum *l. sequ. de S. R. P.* ac ita servientis prædii dominus antiquam servitutem renovare compellendus est, *l. 14. in fin. pr. h. t.* Alioqui impedimento rei sublato, intra tempus finiendæ servituti præfixum, non opus esset officio, verum Servitus ipso jure convalesceret, *d. l. 14. in pr.*

6. Sed observatæ sunt inter Urbanas & Rusticas, duæ in amittenda per negligentiam Servitute, differentiæ. Prima, quod Rusticæ Servitutes sola negligentia simpliciterque *non utendo* finiuntur, *l. 7. l. 10. §. 1. & l. 18. §. 1. h. t. l. 6. de S. U. P.* sed urbanæ servitutes, *usucapione libertatis finiuntur*, *d. l. 6.* Est autem Usucapio libertatis, nihil aliud, quam Exercitium facti alicujus continuum & servituti contrarium, velut si is, qui servitutem tigni immittendi debebat, foramen, in quo tiguum immissum vel immittendum fuit, obturaverit, & per constitutum tempus obturatum habuerit, *d. l. 6.* Ita qui debet servitutem altius non tollendi, non præscribit eo solo, quod alter per decennium non ædificaverit; verum ita demum, si ipse contra ædificaverit, & per legitimum tempus ædificium habuerit. Ratio differentiæ in plerisque non est obscura; In Rusticis solum *non uti* sufficit, quia servitutum illarum natura consistit in actuali exercitio eundi, agendi, vehendi, aquam ducendi, hauriendi, pascendi, coquendi, fodiendi, positum habendi &c. quibus actibus omissis, negligentia manifesto arguitur. Urbanæ servitutes, quæ in non faciendo consistunt, ut altius non tollendi, luminibus non officiendi, stillicidii aut fluminis non recipiendi, per rerum naturam non nisi per *factum* aboleri possunt, utpote quod unice contrarium est *non utendo*. Verum quæ servitutes in patiendo vicini *facto aliquo* consistunt, ut oneris ferendi, tigni immittendi, stillicidii aut fluminis recipiendi, cloacæ vel rivi emittendi, cur hæ non æque omissione facti alicujus amittantur, quam rusticæ, haud facile dictu videtur. Sed tenendum, intelligi servitutes acquisitas, onere jam imposito, tigno pridem immisso, tegulis prominentibus, cloaca, rivo excavatis: Quando igitur onus aut tignum ad tempus est sublatum, stillicidium aversum, cloaca obstructa, manet tamen in serviente prædio, vel super illud, indicia vestigiumque servitutis, & dispositio semper ad actum parata; quibus abolendis, facto opus esse contrario, judicatum est. Hæc ratio addenda priori, quæ communiter redditur. Struv. *ad h. t. n. 57.*

7. Alterum discrimen inter Urbanas & Rusticas Servitutes esse videtur, quod in amissione simplici, quæ fit *non utendo*, tempora venditoris & emptoris conjungantur, ita, ut si venditor quinquennio toto non sit usus, & emptor altero quinquennio cessaverit, servitus amissa sit, *l. 18. §. 1. h.* Hoc in urbanis contra se habet; usucapio antecessoris non prodest successori, verum huic integro tempore ad usucapiendum opus est, *l. 32. §. 1. de S. U. P.* Ratio differentiæ, quia *τὸ non uti*, non est personale, sed effectus ejus ad prædium spectat. Usucapio libertatis cum facti, imo factum mere personale sit, de persona ad personam non transit. Si quis tamen contendat, post Constitutionem Severi, qua in omni usucapione placuit, tempora possessorum sibi mutuo succedentium conjungi, *§. 8. Inst. de Usucap.* hanc quoque speciem usucapionis, etsi impropriæ, comprehendi, non habeo quod opponere velim. Thomasius etiam jure veteri, inter successores particulares hanc usucapionem continuatam fuisse putat; ideoque *d. l. 32. §. 1.* aliter explicat.

SCHOLIUM.

Sed d. l. 32. §. 1. *non incommode intelligi poterit de eo, qui citra voluntatem, possessionem ædium amittit.*

RESPONSIO.

Nihil est in textu, aut in juris ἀναλογίᾳ, quod hanc interpretationem injungat; maxime si consideres, conjunctionem temporum in universum esse juris novi; proinde sine dubio & in servitutibus.

N. ADDIT.

Mallem, ut Autor mihi non affinxisset alienam mentem hic in textu, quasi scilicet in Scholio id intenderim, quod jure veteri inter successores particulares hæc usucapio continuata fuerit: quod mihi non venit in mentem. Ita se habebat Positio Autoris. Neque tempora usucapionis inter emptorem & venditorem conjunguntur, *d. l. 32. §. 1.* quod tamen secus est hodie, *per §. 8. Inst. de Usuc. l. un. C. de usuc. transform. Priori adsertioni opposueram Scholium. Adeoque non disquisivi, utrum conjunctio temporum in universum jure veteri obtinuerit, sed utrum adsertio Autoris, quasi hic sit speciale aliquid in servitutibus, probetur per* d. l. 32. §. 1. *quæ duo valde differunt. Autor dixisset: Est error elenchi. Hoc supposito, frigidum est, quod meæ assertioni, textum hunc non incommode intelligi* posse, *opponitur; nihil esse in textu, &c. quod hanc interpretationem* injungat:

gat: *opponi enim debuisset, esse aliquid in &c. quod hanc interpretationem* non admittat.

8. Quæ de non utendo diximus, ad temporis rationem pertinent: an non etiam amittitur servitus, non utendo *per modum*, scilicet præscriptum? Sane ita, si totius generis, ut ita loquar, fit mutatio: Quando is, qui servitutem habet, ut noctu solummodo utatur aqua, per constitutum tempus aqua diurna fit usus, nocturnam servitutem, qua usus non est, amittit. Idem est in eo, qui certis horis aquæductum habens, aliis usus fuerit, *l. 10. §. 1. h. t.* Adhuc idem juris esse videtur, si quis viam vel actum habuerit, ut certo genere vehiculi uteretur, atque is alio genere sit usus, *l. 11. in pr. h.* Diversæ conditionis exempla sunt eorum, qui non tam aliud, quam plus egisse videntur, ut si plus oneris quam dictum erat, vexerit dominans, vel itinere latiore sit usus, aut plura jumenta egerit, & similia, *d. l. 11.* in qua hæc verba, *in omnibus istis*, non ad primum exemplum, de genere vehiculi, verum ad sequentia referenda sunt, ut videtur, *etsi aliter Glossa, aliique*.

9. Quartus modus finiendi servitutem, est *Rei interitus*: Qualitas enim fundi, hoc pereunte, necessario extinguitur: sed ex eo, quod *supra* diximus, servitutem pro parte nec oriri nec interire, si qua pars fundi superfit, etsi locus ad servitutis usum primo destinatus non extet, in ea tamen parte quæ superest, manet servitus, ibique renovanda est, per *l. 13. §. 1. de S. R. P.* Si omne solum, cui servitus inhærebat, perierit, aliunde suppleri non potest, *l. 14. pr. h.* Reipubl. id est præcipuum, quod, si Viæ solum publicæ pereat, vicinus proximus novam viam præstare debeat, *d. l. 14. §. 1.* Quod si temporarius sit Rei interitus, servitus in actu secundo quidem & exercito finitur, in actu primo manet: ideoque prædio restituto, servitus renovatur; quod usum habet in ædificiis dejectis, ac instauratis, quæ retinent eadem jura, quæ prius habuerant, *l. 20. §. 2. de S. U. P.*

10. Postremo Servitus amittitur, *finito jure concedentis*. Exemplum: Testator legaverat tibi fundum, *si navis ex India veniret*. Antequam navis venit, heres, ut dominus, imposuit fundo servitutem; venit navis, & fundus tibi præstatur; finita est Servitus, finito Heredis, qui concesserat eam, dominio, *l. 11. §. 1. h. t.* Sic etiam a Vasallo constituta servitus in feudo, non durat ultra jus vasalli, *1. Feud. 8.* quod idem de Emphyteuta statuendum, *l. 1. §. 1. Si ager vect.* deque Fructuario multo magis, *l. 15. §. ult. de Usufr.* Addideram in *posit. 2. h. t. ita*. Quas statuunt Vasalli, emphyteutæ, fructuarii, has non esse *proprie dictas servitutes*, sed earum imitamenta. Servitus enim sua natura jus perpetuum est, *l. 4. de Servit.* Nec jus in Re ab alio, quam a domino, condi potest, nec adeo servitus, *l. 2. §. 1. Si servit. vind. l. 23. pr. de R. V.* Thomasius in Schol. ad *d. pos. 11.* vult, utile *dominium sufficere ad jus in re* producendum. Atque nullum est utile dominium, ut probavimus ad *d. tit. Si ager vectig.* Equidem toleramus hanc divisionem Doctoralem, non facimus tamen legalem, ut dominii veri proprietates huic utili dominio, veteribus incognito, adscribamus. Sit igitur hoc jus temporarium.

LIB. IX.

TIT. I.

Si Quadrupes pauperiem fecisse dicetur.

I. Remissio. Causa actionis, quasi-delictum potius, quam contractus. II. Omnes quadrupedes intelligi, exceptis feris; quid si bipes? III. Quadrupedem jure civili non puniri; secus aliis legibus, exceptis canibus, iterum sub limitatione. IV. Alternativam agendi rationem non esse omnino moribus abolitam, nec utique in Frisia. V. Cum quibusdam tamen differentiis. VI. Dominum, qui non dedit quadrupedem, etiam in id quod interest teneri, disputatur contra Sandium, & re judicata firmatur.

FUerunt Judicia in rem; sequuntur actiones in Rem scriptæ; cujusmodi noxales, & propter affinitatem cum illis, Legis Aquiliæ judicium, & dein mixtæ, tam in rem quam in personam suo sensu dictæ actiones. Hac Rubrica, quam ordine justo executi sumus ad *lib. 4. Inst. tit. 7.* levi opera defungi nobis licet. Causam hujus actionis D. Thomasius ad *pos. 1. h. t. Institut.* vult esse

esse quasi-contractum, laudans Autores, Struvium *ad h. t. th. 8.* & Pufendorffium *l. 3. de J. N. & G. c. 1. §. 6.* Ad quasi-delictum refert causam Schilterus *exerc. ad ff. 19. th. 2.* quod potius ad rem esse videtur, ob præsumptam Domini culpam; sive ipsius animalis; cui, ut quasi-*jus*, ita quasi-*injuriam* adscribi, non videtur ab usu loquendi alienum.

N. ADDIT.

1. *Si ego hæc dixissem, respondisset forte Autor, ita non loqui solere conditores artis.* 2. *Præsumpta culpa, quoties in jure de quasi-delictis prædicatur, semper supponitur factum aliquod hominis, aut alia circumstantia, in quibus præsumptio fundetur, quæ hic deficiunt. Imo totus titulus ostendit, actionem hanc cessare, & actionem Legis Aquiliæ dari, quoties culpa domini bestia damnum dedit.* 3. *Jam in Scholio, si integrum apposuisset, responsum erat ad hanc sententiam de quasi-delicto, eam videlicet forte magis ad mores Saxonum quadrare, quam ad legem XII. Tabularum. Nam apud Saxones dominus conveniri nequit, nisi ex receptu, si nimirum, postquam rescivit, animal suum dedisse damnum, id receperit, & non expulerit. Et tunc etiam tenetur in solidum damnum.*

2. Porro omnes quadrupedes, etsi non pecudes, etiam canes intelligi, monet Ulpianus in *l. 1. §. 2. & 5. h. t.* exceptis bestiis feris, quoniam hæ, quod nocent, contra naturam generis sui non faciunt, *d. l. 1. §. 10.* Si animal non quadrupes nocuerit, utilis actio datur, *l. pen. h.* Casum glossa refert hunc; *Gallina aliqua intravit domum alicujus Scholaris, adscendit librum illius Scholaris, & eum in Decem deterioravit; quæritur, an Scholaris possit hac ratione agere.* Et resp. *quod sic; ut aut ille, cujus est gallina, det ei gallinam, vel damnum emendet a gallina datum.*

3. Dominus igitur quadrupedis mulctatur hac actione, vel quadrupedis deditione, vel damni æstimatione. Animal ipsum juris & injuriæ expers ἀιδεόδικον, ut *Pindarus*, nihil refert puniri; etsi lege divina bos cornupeta, si hominem occiderit, exempli causa interficiatur, *Exod. 21, 28.* idemque Plato sanxerit in *lib. 9. de Legibus.* Idem de porcis apud Burgundos in usu esse, narrat Mornacius *ad l. 1. h. t.* qui tamen de canibus nihil ejusmodi traditum observat, quali, quod infelli sunt aliis, id eorum virtuti adscribatur; quo facit, quod idem refert, priscos Gallorum Reges non aliis corporum custodibus, quam ingenti canum globo solitos fuisse uti, quod de Gallis etiam Strabo testatur, Κελτοὶ καὶ πρὸς τοὺς πολέμους χρῶνται κυσὶν ἐπιχωρίοις, *utuntur etiam ad bella canibus sui soli & aliis.* Recte tamen excipit Mornacius, si quid horrendum aut insolitum canis admiserit. *Suspensus enim est*, inquit, *concrematusque non ita pridem immanis molossus, una cum Castrodunensi muliere, quæ eo utebatur noctu ad infandam Venerem.* Cæterum, canes deditos, quo minus læsus arbitratu suo puniat, non est dubium videlicet.

4. Quamvis autem alternativam agendi rationem, *ut vel quadrupes noxæ dedatur, vel damnum præstetur*, his diebus obsoletam esse, plerique referunt; in Frisia tamen hac parte jus civile servatur. Distinguunt enim Statuta inter damnum a quadrupede secundum naturam suam *depascendo* * datum, & alias læsiones. Priore casu dominus tenetur ad æstimationem damni simpliciter, judicis arbitrio, & ad alimenta quadrupedis; quam non violenter expellere, verum interim custodire debet is, cui damnum est datum, *lib. 2. tit. 3. art. 3.* convenienter *l. 39. §. 1. ad L. Aquil.* In aliis læsionibus distinguitur, utrum pecus antea famosum lædendi fuerit, an secus; Si fuerit, æstimatur dimidio ejus, quod exigeretur si ab homine datum fuisset damnum. Si non fuerit nota animalis ferocia, competit alternativa;

* Jus Saxonicum, quando animal alienum depascendo damnum dedit, pignorationem ejus, die Pfändung, permittit, vi cujus animal apprehensum legitime detinetur, donec damnum passo satisfiat, LR. *l. 2. art. 40. 47.* Quam ex Jure Civili quoque defendit Feltmann. *de inclusione animalium, c. 1. th. 14. sq.* Romano contra Jure prohibitam fuisse, censent Scotanus *ad ff. Disp. 28. th. 2.* Coler. *d. Proc. Execut. Part. 1. c. 3. n. 64. seq.* Reinhard. *P. 5. diff. 18.* Zobel. *P. 2. diff. 36. n. 1.* Jure Saxonico autem Electorali pecus, quod pignoris loco captum est, Domino Jurisdictionis tradi debet, *P. 2. C. El. 7.* ibique Carpzov. *def. 2.* Richter. *dec. 5. n. 7.* &, pro mora in singulas noctes, quibus pignus redemtum non est, si pignoratio legitime facta fuerit, eidem tres solidi 16. Pfennige sive 4 grossi, solvendi sunt. conf. Richt. *dec. 34. n. 4. seq.* ac ipsum pignus, ubi quantitas solidorum in singulas noctes præstandorum ejus æstimationem æquat, repeti nequit, *P. 2. C. 27.* ibique Carpzov. *def. 5, 6.* Legitime autem facta pignoratio etiam hoc efficit, ut præscriptionem ejus, qui jus pascendi longa possessione acquirere intendit, interrumpat. *P. 2. C. El. 7.*

dedat,

dedat, aut farciat damnum, eo quo dictum est modo. Quam constitutionem esse juris Saxonici, arguit inscriptio *articuli 4. d. tit. 3.* in quo id, quod dixi, reperitur. DE WERGELDIO tamen huic applicando, si homo interfectus sit a quadrupede, nihil habemus; de quo copiose Schilterus *ad h. t. th. 11. usque ad 39.* quemadmodum nec in Gallia tale quid servari, testatur Mornacius ad *l. 1. h. t.*

5. Distinctio animalis, famosæ, aut ignotæ violentiæ, non est juris Civilis; Nec etiam, quod pauperies dimidio damni ab homine dati mulctatur. Causam idcirco non habuit D. Herbajus in notis *ad h. t.* arguendi Statutorum compilatores, quasi nihil opus illis fuisset, ut ea Statutis insererent, quæ Jure Civili sic erant constituta. Aliud discrimen notat Sandius 5. 7. 5. jure Civili electionem dedendi quadrupedem, vel farciendi damnum, usque ad rem judicatam durare, verum Statuto, & jure Saxonico, electionem amitti per retentionem animalis, *d. art. 5.* Quo minus tamen ante litem contestatam durare facultatem eligendi statuamus, nihil in isto *articulo* extat.

6. Idem Sandius in *decis. prædicta*, si dominus quadrupedem non dedat, ad mulctam quidem Statuto expressam eum teneri, docet; non æque in id quod interest, ob impensas curationis & damna operarum, quibus ipse læsus caruit, ac ita judicatum esse refert *anno 1613.* Sed in notis MS. *D. Johannis Saekma* recessum ab illa Sententia reperio, judicatumque, dominum quadrupedis etiam teneri de damno & eo quod interest, *in causa Johannis Duconis contra Johannem Suffridi, anno 1618.* quam definitionem Sandius non commemorat. Quamvis autem pro sententia priore Sandius disputat, re tamen bene exacta, posteriores curas fuisse meliores, dicendum videtur. Primo, quia jure civili cautum est, dominum quadrupedis teneri nomine impensarum in curationem factarum, & operarum omissarum, quasque amissurus esset, inutilis factus, *l. 3. h. t.* Cur autem hac parte recessum a Jure Civili videatur; quod nisi expressum sit, nunquam apud nos intelligitur, ratio nulla videtur. Accedit, quod in *articulo 4. d. tit. 3.* sic habetur, *soo is de beere van dat beest de breucke en boete, in maten, gelyk of het van een mensche gedaen ware, voor half schultig te betalen.* Primo in his verbis est comparatio damni a quadrupede & ab homine dati, ad eundem modum agendi. Atqui de damnis ab hominibus datis, etiam præstari impensas & id quod interest, ipse fatetur & exponit Sandius. Ergo idem juris est hac parte respectu quadrupedum. Dein in *d. artic. 4.* verbum *breuke*, significat mulctam; ideo, quod additur, *boete* ad præstationem damni, ne sit tautologia, referendum videtur, ut est hujus vocabuli significatio de quavis præstatione pecuniaria, culpæ causa puniendæ, ut *id art. 7. d. tit. 3.* Forsitan media quædam inter condemnationem & absolutionem impensarum sententia ex *isto articulo* resultet; quemadmodum mulcta damni quadrupedarii redigitur ad dimidium mulctæ, quam solvit homo ejusdem damni reus; *sic etiam in impense & eo quod interest, medietatem videri esse servandam.*

TIT. II.

Ad Legem Aquiliam.

I. Summa repetitio, & remissio ad Part. 1. item de damno ex incendio ædium dirutarum, & II. Conductarum orto. III. Contra quos detur hac actio. IV. Quid juris, si alius lethaliter vulneraverit, alius interfecerit hominem. V. De chirographis deletis. VI. De damno ab inimicis alicujus dato, an hoc ipse ferre debeat. VII. Summa regula varios hujus tit. casus judicandi. VIII. De impuberibus. IX. De sævitia Magistrorum. X. De concursu actionis injuriarum & Legis Aquiliæ. XI. Damna in publicis licitisque ludis accepta non præstari, nisi genere, aut modo, lusus sit illicitus. XII. Imperitia medicorum L. Aquiliæ obnoxia. XIII. De cæde a pluribus, incerto percussore, facta. XIV. Quo sensu membrorum suorum negetur esse dominium. XV. De fructibus defectis, & impensis hac occasione perditis remota difficultas. XVI. De lacu vini philologica observatio, & lectio l. 27. §. f. adserta. XVII. Alia quædam obiter observata. XVIII. Modus agendi ex L. Aquilia hodiernus.

HOc etiam caput plena manu executi sumus * in *Parte I. l. 4. tit. 3.* Adde; Quod qui, arcendi ab se incendii gratia, vicinas ædes intercidit, Aquilia non tenetur, *l. 49. §. 1.* sed interdicto

* Differentias Juris Saxonici & Civilis circa damnum datum, supra *ad tit. I. ad Legem Aquil. p. 367. seqq.* exposuimus. Hoc superest, ut adjiciamus, Jure Saxonico Comm. occiso animali voluptuario, vel animal

quod vi aut clam convenitur, si incendium illuc non pervenisset, *l. 7. §. 4. quod vi aut clam.* Contributio vicinorum non videtur habere locum, nisi communi consensu, vel jussu magistratus, dejectæ sint ædes, *arg. dd. ll.*

SCHOLIUM.

Communiter doctores committunt has duas Ulpiani leges inter se, quas Autor hoc modo conciliare videtur, quod l. 49. §. 1. *loquatur de actione Legis Aquiliæ;* Lex 7. *vero* §. 4. *de interdicto quod vi aut clam. cum tamen aperte* l. 7. *simul actionis legis Aquiliæ mentionem faciat. Placet igitur aliorum responsio, quod is, qui ædes alterius tempore incendii intercidit, non teneatur actione Legis Aquiliæ, etiamsi incendium eo non pervenisset, si scilicet metus justus affuerit, incendium eo perventurum esse,* l. 49. §. 1. h. t. *quod si vero ex metu injusto id fecerit, teneatur dejiciens, si incendium eo non pervenisset,* l. 7. §. 4. Quod vi aut clam.

RESPONSIO.

In d. l. 7. §. 4. *fit quidem mentio legis Aquiliæ, sed non habetur, actionem ex ea dari in hoc casu, ut de aliis damnis. Ait, litem æstimandam simplo, veluti, cum vi vel clam agitur: Ergo ex Lege Aquilia non damnatur, & sic conciliatio constat. Vulgaris altera, quam Thomasius præfert, ponit, dejicientem absolvi, & si ignis eo usque non pervenisset; quod videtur esse contra textum: & æstimatio justi metus, quando eventus contra fuit, res admodum obscura est.*

N. ADDIT.

I. Etsi non dicatur in d. l. 7. *actionem hoc casu dari, ut in aliis damnis, sufficit tamen, quod in genere, de damno quovis dolo vel culpa dato, detur actio Legis Aquiliæ. II. Imo vero etiam hoc casu, ubi quid vi vel clam factum, actionem Legis Aquiliæ locum habere, diserte patet ex eodem loco in verbis:* Idem ait esse, si damni injuria actum foret. *Quæ quomodo Autor prætervidere potuerit, miror. Ita igitur conciliatio Autoris sibi non dum constat. III. Etsi quoad meam, vel vulgarem, ut Autor vocat, sententiam assertio, quod dejiciens absolvatur, etsi ignis eo usque non pervenisset, videatur esse contra* d. l. 7. *sufficit tamen, quod expresse fundetur in* d. l. 49. *& ex hac simul ratio suppeditetur in verbis:* justo enim metu ductus, *conciliandi eum textum cum* d. l. 7. *IV. Si, ut JCtus vult, adversus eum, qui justo metu ductus alterius ædes diruit, non datur legis Aquiliæ actio, sive incendium eo pervenerit, sive minus, nulla alia est ratio, quam quod tum nulla injuria subsit, i. e. quod diruens nullum damnum dolo aut culpa dederit. At vero si hoc est, quomodo possit dici, in tali casu, ne obstet altera lex, dari interdictum quod vi aut clam? Quasi scilicet interdictum detur contra eum, qui nullam injuriam fecit. Cum tamen per interdictum hoc occurratur* calliditati *eorum, qui vi aut clam quædam moliuntur,* l. 1. §. 1. quod vi aut clam. *V. Quod dicit Autor, rem admodum obscuram esse, quomodo justus metus æstimandus sit, quando eventus contra fuerit, id ex philosophia Juris (ut ipse sæpius loqui amat) desumptum est, quæ repugnat nostræ Juris arti. Nam hac objectio me non ferit, sed ipsum Ulpianum in* d. l. 40. *Quanquam non desint argumenta Judicibus prudentibus & de eo judicandi, quæ exponere non est hujus loci.*

Quando igitur utilitate publica flagitante datum est damnum, ut in illo casu, actio Legis Aquiliæ cessat; quemadmodum fit, ubi temporibus belli diruuntur & evertuntur ædificia vel pomaria, nimia vicinitate civitati noxia, qua de re vide Sandium *5. 7. 4.* qui tamen *decisione præcedente* damnum resarciendum esse e publico, disputat *arg. Legis Rhodiæ de jactu:* nec ego satis, quæ in utraque definitione traduntur, conciliare possum.

2. Ædibus incendio consumptis, culpa habitatorum præsumitur, * *l. 3. §. 1. de off. Præf. Vig. l. 11. de peric. & commod.* ideoque tenetur

æque bonum, vel Wergeldum ejus præstandum; pro animali vero non voluptuario, simpliciter Wergeldum esse solvendum. Land-R. *l. 3. art. 47. & 51.* Cum vero nimium vilia sint pretia animalium, quæ *d. art. 51.* definit, ut puta qui pro ansere obulum, pro sue quatuor aut quinque, pro asino, bove & equa octo solidos, (solidus accipitur pro 16.) præstare jubet; Hodie Wergeldi quantitas juxta verum animalium pretium, judicis arbitrio, definitur, ceu *resp. Fac. Jur. Lips. Mens. Jul. An. 1700.* Thom. *de nox. anim. c. 9. num. 45.* Schilt. *ad ff. Ex. 19. th. 32.* j. Hartm. Pistor. *Obs. 81.* & Carpz. *P. 4. C. 37. def. 8.*

* Sed cum nimis generalis hæc sit præsumtio, incendio exorto, adversus Patrem-familias, in cujus ædibus incendium cœpit, agi non potest ad damni restitutionem, nisi actor probaverit, ipsius id factum fuisse culpa. Finckelth. *Obs. 89.* quod *Dec. El. 80.* apud nos confirmat, ad quam vid. Philipp. *Obs. 1.* Dissentiunt quoad Jus commune Vinn. *Sel. Qu. l. 1. c. 33.* Fachin. *Contr. l. 1. c. 87.* Conf. Mencke *Contr. Sel. Jur. Civ. Disp. IV. th. 5.* Carpzov. *Pr. Crim. qu. 39. n. 66.* Imo licet actor probaverit, inhabitantium & domesticondu-

conductor, saltem ut probet, satis se diligentem hac parte fuisse; ad quod, si plures conduxerint, omnes tenentur; si dominus unum ex illis conveniat, hujus culpam probare debet. Sand. *d. tit. 6. def. 9.*

SCHOLIUM.

Imo non præsumitur: neque id probant textus adducti. Nam quamvis in d. l. 3. §. 1. *Paulus dicat:* incendia plerumque fieri culpa inhabitantium, *non tamen inde sequitur: Ergo præsumitur etiam a Jure, quod culpa inhabitantium factum fuerit incendium.* Vid. Feltmann. ad d. l. 3. §. 2. th. 3. *Lex vero 11.* de peric. & com. rei vend. *potius pro nobis militat. Et hanc sententiam etiam approbavit Serenissimus Elector Saxoniæ,* Decis. Noviss. 80. *uti & aliam in controversia simili,* deciss. noviss. 79. *quod paterfamilias non debeat luere culpam familiæ suæ.* Adde Strauch. XIX. 11. & ibi notata p. 255. seqq.

RESPONSIO.

Fiat conjunctio harum sententiarum; Incendia plerumque fiunt culpa inhabitantium, si de Θεῦ βία *non constet,* d. l. 3. *Rursus, Incendia sine culpa fieri non possunt, si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi & diligentes præstare,* d. l. 11. *His collatis, non potuerit negare Jure-Consultus, hanc regulam inde recte colligi, Habitatorem teneri ad probandam diligentiam suam, cum præsumptio adversus eum consistat.*

Atque in hanc partem non obscure inclinat Sandius loco citato.

SCHOLIUM

Sed ratio sententiæ supremæ Curiæ, quam Sande d. l. *refert, non tam videtur sita fuisse in eo, quod actor unum ex conductoribus convenerit, sed potius, quod in genere præsumptio non sit contra conductores. Vid.* Feltman. d. th. 3.

RESPONSIO.

Quæ fuerit ratio Decisionis, non est equidem expressum; Sandius toto capite, inprimis sub finem, satis indicat, sibi videri, conductorem teneri, nisi probet suam diligentiam; at si duo principales conductores sint ejusdem domus, ut in illo casu, necessario personam alterius conductoris esse demonstrandam, ejusque culpam esse probandam, liquet e d. def.

N. ADDIT.

Regero I. Ipse Autor in positionibus ad h. t. *fassus est, præsumptionem, quod incendium culpa habitantium sit ortum, ex* l. 3. de offic. præf. vigil. *nimis generalem esse. II. Quod* h. l. *eam dicit esse sententiam* d. l. 3. *incendia plerumque fieri culpa inhabitantium, si de* Θεῦ βία *non constet, id quoad posteriorem hanc limitationem ex lege ipsa non est petitum, sed ex glossa Autoris, quam in positionibus ad* d. l. *fecerat. Adeoque committitur hic petitio principii. III. Hinc jam invertimus rem ex ipso Autore: dicitur quidem in* d. l. 11. *incendia sine culpa non fieri, & dicitur etiam in* d. l. 3. *quod fiant plerumque culpa inhabitantium, sed quia tamen præsumptio hæc nimis generalis est, ideo exinde contra inhabitatorem non potest aliquid inferri. IV. Quod vero ulterius urget ex* d. l. 11. *ad id commodissime responderi potest, verba textus huc apponendo: Ait Alfenus:* Si vendita insula combusta esset, cum incendium sine culpa fieri non possit, quid juris sit? Respondit; quia sine patrisfamilias culpa fieri potest, neque si servorum negligentia factum esset, continuo dominus in culpa erit. Quamobrem, si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi & diligentes præstare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit. *Jam constat, autorem, dum ex his verbis legis facit hanc propositionem: Incendia sine culpa fieri non possunt,* si *venditor eam diligentiam adhibuisset &c. commisisse fallaciam compositionis, cum verba hæc ex diversis periodis sint conjuncta. V. Nullus etiam est sensus propositionis ita formatæ, & si sensus esse deberet, pro particula* si *debuisset poni* nisi. *At ita plane corrupta fuissent verba textus. VI. Textus perspicue dicit in verbis,* quia sine &c. *non præsumi, incendia culpa patrisfamilias facta esse, etiamsi servorum negligentia facta sint. VII. Quare verba finalia hunc habent sensum:* Quamobrem, si *modo alias* venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam *in emptione venditione* debent homines frugi & diligentes præstare, *ita ut is, qui per incendium passus est, (scilicet hoc loco emptor,) non ex antecedenti negligentia præsumptiones contra ipsum excitet, aut etiam circa incendium, de quo quæstio est, negligentiam ejus & dolum probave-*

corum culpam intervenisse, patri tamen familias, sive domino, ea imputari nequit, nec ipse ad restitutionem damni obstringitur, nisi propria culpa aut negligentia ipsius incendio causam dederit, ut de negligentia, ignavia, & imprudentia familiæ admonitus, eam dimittere noluerit, secundum *Dec. El. 67.* ibique Philipp. *Obs. 2.*

rit; si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit. *VII. Deceptus itaque est Autor, qui hæc verba legis*, si venditor eam diligentiam adhibuisset, *intellexit ac si æquipollerent illis*, si venditor probasset, eam diligentiam se adhibuisse &c. *IIX. De Sandio quæ ab Autore adduntur, eum parum juvant. Ego enim in Scholio non tam de ipsius Sandii doctrina, quam de definitione judiciali sum sollicitus. IX. Ratio ab Autore data non concludit. Sic enim conductor in genere tenetur, nisi probet suam diligentiam: tenebuntur etiam plures conductores. Si hi tenebuntur, non incumbet actori demonstrare, quis ex duobus culpam commiserit.*

Plerumque fit, ut aliæ præsumptiones accedant, pro vel contra alterutrum, qualis; si domus sit combusta, cujus paterfamilias solitus erat Tabaco fumigans transire domum, atque adesse fœnum frumentumque tractantibus. De qua specie consultus a vidua *Bernhardi Schotani* Viri Cl. non dubitavi respondere, colonum teneri ad probandum, sua culpa non esse ortum incendium. Quo responso facto, ut colonus cum domina fundi ac ædium transigeret, anno 1675.

3. Datur hæc actio in eos, qui damnum dederunt, non in heredes, nisi locupletiores inde sint, *l. 23. §. 8.* contra plures damni dati participes in solidum singulos, tam, si constet omnes fecisse, quam si non constet; nam cum scimus, qui fecerint, hi soli tenentur, unius solutio reliquos non liberat, *l. 11. §. 2. & §. 4.* Idem est in actione furti aliisque delictis, *d. ll. l. 51. in fin. h. t.*

4. Si alius hominem mortifero vulnere percusserit, alius postea exanimaverit, prior de vulnere, de cæde tenebitur alter, ut censet Ulpianus *d. l. 11. §. 3.* contra disputat Julianus *in l. 51. eod.* Sane, si continuis ictibus homo percussus sit, uterque reus tenebitur, *arg. d. l. 11. §. 2. &* 4. Sed uterque JC. ponit intervallum; Julianus addit, *si primo ictu certum esset, hominem moriturum*; hoc cape pro medio conciliandi: dicuntur enim & mortifera vulnera, etsi haud plane ἀμιδχως certum sit, non posse non sequi mortem.

SCHOLIUM.

Adde Wissenb. ad h. t. th. 13. 14. 15. *Distinctio vulnerum lethalium in lethalia per se, & ut plurimum; uti, ni fallor, nec omnibus Medicis nostris probatur, ita dubito, eam cognitam fuisse veteribus JCtis. Quin imo dissensum hac parte inter eos fuisse, ostendunt reliqua verba* d. l. 11. & d. l. 51. *& in specie Celsum a Juliano in quæstionibus de occisione servorum dissensisse, patet ex* l. 21. §. 1. eod. *Est autem Juliani sententia* d. l. 51. *firmioribus rationibus munita.*

RESPONSIO.

Qui judiciis interfuere, sciunt ex responsis Medicorum, quanta latitudo sit apud illos, saltem in hypothesi, vulnerum lethalium, & quam facile vulnus ab aliis pro lethali, ab aliis secus habeatur. Unum e multis proferam exemplum: Anno MDCLXVIII. hyeme brumali percussus erat in capite ictu lapidis, Vigilum Academiæ præfectus, valetudinis homo fluxæ & corpore cachectico. Is aliquot diebus postea, febre superveniente, extinctus est. Rector Academiæ cum essem ejus anni, cadaver & locum vulneris cum Anatomiæ Professore D. Frenzelio *& Chirurgis examinavimus; comperto, nihil quam cutem esse penetratam, intacto cranio, salvaque ipsa membrana tegente cranium, responderunt, vulnus non fuisse lethale, nec hominem ex eo fuisse mortuum. Procurator Generalis, deinde superveniens cum suis Medicis & chirurgis, responsum ab illis accepit, vulnus fuisse lethale, & hominem ex eo esse mortuum. Quod cum nobiscum Procurator Generalis communicaret, subridens* D. Frenzelius, *illa facile conciliari posse ait, distinctione vulnerum absolute lethalium & quæ causam morti præbeant: vulnus hoc non fuisse lethale, sed fuisse causam febris, & febrim dedisse causam morti*; vid. l. 7. §. 5. h. t. *Videtur igitur satis esse civilis hæc distinctio & conciliatio. Ut ἀντινομία fit; contrarietatem magis in arctum & in unum redigi oportet, quam hic fieri necessum est.* In l. 21. §. 1. *non eadem species dissensionis inter Julianum & Celsum est, nec eadem ratio ad hanc speciem.*

N. ADDIT.

I. Mirus dissensus medicorum circa vulnus lethale & non lethale, (cui addi potest æqualis dissensus circa determinationem vulnerum per se, & ut plurimum lethalium,) potius meam sententiam probat, quam ut probet, eam distinctionem fuisse JCtis cognitam. II. Quid sit; contrarietatem magis in arctum & in unum redigi oportere, fateor me non intelligere. Si is sensus est, contradictoria debere de uno eodemque casu loqui, sane quilibet, qui utrumque textum adspicit absque præjudicio, deprehendet, & JCtum utrumque de eodem casu loqui, & JCtos in hac controversia dissentire fuisse solitos. Et Ulpianus & Julianus adhibent terminum vulneris mortiferi, *quem apud Ulpianum de eo, quod ut plurimum tale esse solet, velle explicare, vel ad tale vulnus restringere,*

stringere, modus loquendi vix patietur. Similiter cum Julianus ait, si certum esset, hominem moriturum, *hanc periphrasin tanquam synonymum vulneris mortiferi adhibet, non tanquam ejus restrictionem. Neque τὸ certum esse ibi opponit illi, quod mortale est ut plurimum, sed ei*, ubi quis confestim vita privatur. *III. Neque ego dixi, eandem speciem dissensionis inter Julianum & Celsum esse* in d. l. 21. *neque ab illa ad hanc per argumentum a pari concludere volui. Sed saltem sententiam meam illustrare volui ea ratione, quod in quæstionibus affinibus Celsus a Juliano dissenserit. Ideoque ultima responsio Autoris accensenda erroribus elenchi.*

5. De testamentis chirographisque deletis, datur etiam actio Legis Aquiliæ, vel furti, si quidem animus adfuerit furandi; scil. iis quorum interest, ut heredibus & Legatariis; testatori non datur, nisi forte injuriarum, *l. 41. pr. & §. 1. b. t.*

6. Axioma generale; *damnum, quod quis patitur ab inimicis suis, culpa sua pati intelligitur*, educi solet ex *l. 25. §. 4. D. Locati*, ut Wissenbachius in *b. t. n. 10.* collocat, & illustrat ex Sandio. Limitatur ab iisdem ex argumento *l. 65. in pr. ff. solut. matrim.* Licinia Gracchi uxor, repetebat a Viri heredibus res suas dotales, quæ, Gracchi rebus seditione populari direptis, præstari non poterant. Heredes tamen de illis teneri, respondit Qu. Mutius, *quia Gracchi culpa ea seditio facta erat.* Unde colligit Sandius *l. 5. tit. 7. def. 2.* Jarichium Liaukama, cujus domus odio ipsius combusta fuerit, teneri ad pretia mobilium, inquilinæ simul combustorum, restituenda, quia culpam ejus mali Liaukama, Regi Hispaniæ militans adversus Patriam, sustinebat. Imo ne sic quidem satis æqua videtur hæc sententia, ut omne damnum, quod nostri odio illatum sit, aliis, si causam inimicitiæ dederimus, præstare cogamur: Quem enim finem hæc res haberet, aut quæ ratio præverteudi damnum ab alio datum, *l. 19. ff. Commod. l. 41. D. Locati?* quas D. Wissenbach. ait esse contrarias, *d. th. 10.* nimis ἐυχερὴς ἀντινομιῶν. Textus, e quibus hæc regula educitur, agunt de his, qui tenent aliquas res, ad quas restituendas obligati sunt. Si hæc restitutio, per vim alienam ipsorum odio non injusto excitatam, impediatur, sibi hoc imputare debent, ipsi nihilominus ad restituendum quod possederunt, tenentur: Conductor rem conductam, maritus res dotales; verum ut is, qui rem non possedit, nec ad restituendum tenebatur, damnum ab inimicis suis cuilibet alii datum resarciat, incivile, & iniquum foret: Proinde, ut Locator, cujus domus ab inimicis ipsius est incensa, teneatur ad pretia mobilium incendio perditorum, quæ non possedit, nec restituere debuit, nec custodire potuit, inquilino restituenda, nullam videtur habere juris rationem, *arg. d. l. 19. & l. 25.*

7. Reliqua hujus tituli, non occupata *titulo parallelo Institutionum*, in variis casibus & historiis plerisque lectu non injucundis decurrunt, qui omnes hac regula dijudicantur; *Qui est in culpa, tenetur;* ejusque rei judicium e circumstantiis facti colligendum est. De his, quæ ad moderamen inculpatæ Tutelæ pertinent, dictum est, & dicendum amplius ad Legem Corneliam, qualia de Furibus nocturnis in *l.* 4. de hominibus, *qui de vesperi vivunt suo, ἡμεροκοίταις*, interdiu dormientibus, ut noctibus insidientur, ait Plautus in *Pyrgopol.*

8. Impuberes, si injuriæ capaces sint, hoc est proximi pubertati, Lege Aquilia, sicut & Furti teneri respondet Ulpianus *in l. 5. §. 2. in fin. b. t.* In Lege Cornelia non est tam facilis ratio Juris adversus impuberes, ut Mornacius ad *d. l. 5.* docet, & nos in loco videbimus.

9. Historia magistri Sutoris, *qui puero discenti ingenuo, filio familias parum bene facienti quod demonstraverat, forma calcei cervicem percusserat, ut oculus puero perfunderetur, in d. l. 5. §. ult.* ad quosvis Ludimagistros commonefaciendos recte applicatur, quos gravitate comi longe facilius, quam sævitia *superjumentaria*, ut non absurde Claudius apud *Suetonium*, producere juventutem, ratione & experientia compertum est. Recte parentes consilio Chrysostomi ad Matth. *Homil. 36.* Πολλάκις πατὴρ τῷ μὲν παιδαγώγῳ ὑβρίζοντι τὸν παῖδα κατ' ἰδίαν ἐπιτιμᾷ, λέγων, μὴ ἔσο τραχὺς μήτε σκληρὸς, τῷ δὲ νέῳ τὰ ἐναντία λέγει. *Pædagogum Pater quidem sæpe seorsim, quando puerum indigne adfecerat, increpuit, dicens; ne esto asper neve durus esto. Adolescenti contraria dixit*, ut metus maneret, malum cessaret.

10. *Interdum utraque actio concurrit, & Legis Aquiliæ & injuriarum, d. l. 5. §. 2.* scilicet, quando animus contumeliæ faciendæ demonstratus est, ideoque tum fiunt *duæ æstimationes, alia damni, alia contumeliæ, d. §. 2.* Operæ pretium est, animadvertere, quomodo hoc moribus hodiernis

ernis conveniat. Nam statutis & nostris & aliarum fere gentium, de damnis sine dolo & contumelia datis, tantum agitur in id quod interest, ratione detrimenti operarum cessantium, & impensarum. Damnis autem dolo datis, quæ sunt Injuriæ, certæ mulctæ sunt impositæ, secundum genera vulnerum inflictorum, quæ longo ordine recensentur in *lib. 2. Statut. Fris. tit. de injuriis 2.* Sed cum hac petitione mulctarum legalium, semper conjungitur petitio impensarum, lucrique cessantis, quæ sunt præstationes Legis Aquiliæ, ut etiam Sandius observat 5. 7. 5. Adeo ut injuriæ Realis actio semper cum Aquiliæ Legis actione conjungatur, quotiescunque damnum est, & dolum adfuisse constat; utique tacite id agitur ab Advocatis; si modo hi quidem opinentur esse duas actiones, & non magis petitionem ejus quod interest, atque ut appendicem actionis injuriarum considerent, a qua forte sententia non absunt Auctores Statuti nostri, qui injurias corporibus hominum illatas cum damno Legis Aquiliæ confudisse, vel in unum compegisse videntur. Argumentum habeo, quod mulctæ amissi per injuriam oculi, auris, dentium, linguæ, labiorum, pedum, digitorum, non modo exiguntur si dolus, sed etiam si culpa, quæ frequentius intervenit, ademptum vel læsum sit aliquod istorum membrorum, ut innumeris judicatarum rerum exemplis constat. Atqui, culpa est Legis Aquiliæ, dolus ad injuriam pertinet. Ergo utriusque delicti ratio in illis continetur, & sic petitio ejus quod interest, venit ex eadem Lege statutaria, cum jure civili diversa sint utriusque petitionis principia. Extra mulctas illas statuto certis damnis impositas, nihil quidem vetat, quo minus ita dicamus, ut habetur in hac *l. 5. §. 1.* separatas esse actiones injuriæ & Aquiliæ, quæ junguntur, quando animus contumeliæ in damno dando adfuit.

11. *Si in colluctatione vel pancratio, vel pugiles dum inter se exercentur, alius alium occiderit, si quidem in publico certamine, cessat Aquilia: quia gloriæ causa & virtutis, non injuriæ gratia videtur damnum dedisse.* Colluctatio fuit exercitatio gymnastica, in qua bini corpore nudi, uncti oleo & pulvere adspersi, sese brachiis complectentes, alter alterum humi dejicere contendebant, de qua vide Hieronym. Mercurial. *Art. gymnast. lib. 2. cap. 8.* Pugiles erant, qui pugnis strictis, at plerumque munitis aut complexis lamina vel sphæra aliqua, se mutuo percutiebant, usque dum alter prostratus aut victus manum daret. Pancratium fuit ex pugilatu & lucta mixtum genus exercitationis, quo alter alterum quovis modo ferire, comprimere & dejicere studebat, ut docet Mercur. *d. lib. 2. c. 9.* Damnum hujusmodi occasionibus datum, non parit actionem; quod hodieque de omnibus publicis & licitis ludorum generibus dicendum videtur; quo pertinet exemplum *Guilielmi Hagii JCti*, alias relatum, cui in semita ludi palmarii Hagæ comitis elisum fuit crus, ex qua plaga, cum ferrum chirurgicum nullo modo admittere vellet, decessit. Quatenus tamen per naturam ludi potest, identidem proclamandum, *§. 5. l. h. t.* ut fit in sphæristeriis pedestribus, in manualibus non potest. Quid si gravi errore pilam aliquis plane deviam egerit in vultum, an culpæ nomine, si oculum perfuderit, tenebitur? Non videtur, quia textus hic non distinguit, & in ludum periti non magis quam imperiti veniunt; sibique læsus imprudentiam, quod se commiserit, vel adstiterit, imputare debet. Idem de hastiludio censuit Henricus II. Galliarum Rex, cum a *Mongommerio* Comite, hastæ comminutæ fragmento læsus, aliquot diebus supervivêret, anno 1559. etsi vidua ejus, *Medicea*, non quieverit, donec alio prætextu auctorem piaculum faceret.

Lusus quoque noxius in culpa est, l. 10. h. t. Intellige lusum genere vel modo illicitum, eventu noxium, qui ratione Legis Aquiliæ, parit actionem.

Mela scribit, *si cum pila quidam luderent, vehementius* quis pila percussa, *in tonsoris manus eam dejecerit, & sic servo*, quem tonsor radebat, gula *sit præcisa, adacto cultello*, in quocunque eorum culpa sit, is L. Aquilia tenetur, *l. 11. in. pr. h. t.* Casus satis exquisitæ raritatis, quem historiam esse non dubitamus, cui tamen geminum apud nos haud facile exister, quia tonsores nostri non habent suas sellas in publicis locis, ut olim, sed intra domos. Ad similia tamen interpretatio culpæ, quam in sequentibus exponit JCtus, produci potest.

12. *Si medicus servum imperite secuerit, vel ex locato, vel ex lege Aquilia competere actionem; idem juris est, si medicamento perperam usus sit, l. 7. §. ult. & l. 8 in pr. ad L. Aquil.* Sub Medicis etiam Chirurgos & Pharmacopœos intelligi, satis constat e Brissonio *lib. 2. Antiquit. & de V. S. voce; Medicis.* Idem hic locus docet. Nam prima pars ad

ad Chirurgos, altera ad pharmacopolas pertinet. Secare Chirurgorum est, Uti medicamentis, est eorum, qui miscent & porrigunt. Ordinatores sunt, qui hodie tenent τὸ κύριον artis, doctrina, dignitate, virtute præcellentes. Sed ista verba de hisce non loquuntur, An quod hi non peccent? Imo hi sunt, quos Plinius ait, *loquendo Imperatores vitæ nostræ necisque fieri. Discere periculis nostris, & experimenta per mortes agere, lib. 29. cap. 1.* ubi & hoc, *Soli Medico, hominem occidisse impunitas summa est.* Nimis vera, quam ut hodie usurpanda sint verba. Bonorum certe laus eo major, quo malos acrius pungunt, qui vel imperitia vel *novitate* remediorum *famam aucupantur, & animas negotiantur*, ut idem Plinius. De talibus enim hactenus. Cur autem Medici illi doctiores heic non notantur nominatim? Solent exemplis uti evidentibus JCti; at manualium Medicorum peccata manu teneri & demonstrari possunt. Rationalis medicinæ viæ & vestigia morte obruuntur, longeque plures habent anfractus. Verum est etiam, Locati actionem, quæ hic datur in Medicos, hodie non nisi in chirurgos convenire, vix Apothecariis, minime τοῖς κυρίοις Medicis. Aquilia adhuc contra omnes dabitur, imo etiam criminaliter accusari possunt; Et cum nemo id adfectare debeat, *in quo intelligere debet, imperitiam suam aliis periculosam futuram*, ut Gajus ait in *l. 8. in pr. h. t.* non immerito a Procuratore Generali nostra memoria Doctorem vidimus Medicum, a quo ægrotæ cuidam prætextu subtilioris medicinæ mors festinata credebatur, publico judicio fuisse postulatum. Sed hujus rei alius locus est, ut & sequentis dicti;

13. *Si plures servum percusserint, nec appareat, cujus ictu perierit; omnes, quasi occiderint, tenentur, cum sit pœna l. 11. §. 2. h. t.* Vulgaris textus, de quo consule Wissenbachium ad *h. t. n. 13.* Quid in quæstione legis Corneliæ juris sit hac parte, ad alium locum pertinet: confer quæ scripta sunt in *pr. tit. De eo, per quem fact.*

14. *Dominus membrorum suorum nemo videtur, l. 13. in pr. h. t.* Grotius in *libro de Satisfactione*, negat hujus dicti hanc esse, quæ vulgo fertur, sententiam; quasi nemo liberam de suo corpore membrisque dispositionem haberet. Nam Ulpianus auctor hujus dicti, fuit Stoicæ philosophiæ, cujus hæc fuit notissima doctrina; licere *unicuique naturaliter in suum corpus sævire*, ut idem Ulpianus ait, in *l. 9. §. 8. ff. de Pecul.* quod non de licenti... ni & æqui, sed de facultate naturali accipiendum; quo pertinet, quod ejusdem disciplinæ Cato, apud Ciceronem 3. *de finib.* inter ea, quæ secundum naturam fiunt, mansionem in vita & excessum e vita refert. Mens igitur Ulpiani in hoc loco esse videtur, directam legis Aquiliæ actionem non dari cuiquam de damno suis membris illato; quia directa actio datur domino, cujus appellatio rem aliam, quæ sit in dominio, supponit: Quemadmodum autem nemo potest esse Servus sui ipsius, ita nec dominum esse quenquam sui ipsius, hoc est membrorum suorum, ratio permittit. Liberum sui ipsius, adeoque mortis, arbitrium non negat Ulpianus, ut de conciliatione ejusdem cum se ipso, de qua desperat Wissenbachius *h. t. n. 16.* nulla difficultas esse queat.

15. *Qui fructus alienos desecuit immaturos, hac lege tenetur. De maturis non tenetur, cum domino etiam impensas donaverit, l. 27. §. 25. h. t.* Atqui in prædonis etiam persona rationem impensarum habendam esse, ut saltem necessarias deducere possit, pridem intelleximus ex *l. 38. de Hered. petit.* hæ autem impensæ erant necessariæ. *Nodus vere Gordius*, inquit Mornacius *hic.* Nihil verius, quam quod Cujacius suggerit, possessorem habere jus deducendi impensas, *l. 38.* non hominem foris & furtim in agrum irrepentem, ut hic, *lib. 10. observ. c. 1.*

16. *Si tectori locaveris lacum vino plenum curandum, & ille eum pertudit, ut vinum sit effusum, in factum agendum, d. l. 27. §. f.* Cum per lacum omnes intelligerent vas, quod torculari supponitur ad accipiendum mustum, & in quo calcatur, Budæus pro *tectori* legendum vult *Vietori*; quid enim tector ad vasa vel tinas, quas Nonius vocat? has curare *Vietorum* est. Quis dubitaret, aut obloqueretur? Sed quam fluxa res est conjectura, præsertim a libro Pisano discrepans! Cujacius docuit *10. obs. 9.* laccos ac lacus esse cisternas vini, in terra defossas, quibus vinum, ubi copia erat, veteres occultabant; λάκκους κονιατούς, *laccos incrustatos, tectorio inductos*, vocat Xenophon *4. Cyroped.* Tector est κονιάτης, ut heic etiam a Basilicis vocatur, qui tectorium inducit. Quando hoc non bene curatur, sed aliqua rima superest, vinum effluebat, aut corrumpebatur ingesto humore terræ, ut fit in nostris æque cisternis. Ita liquet, Tector quid sibi velit, & vietori abire licet. Tales vini cisternas adhuc apud Aquitanos, Te-

ctosagas, & Provinciales in usu esse, testatur Mornacius *hic*. Addamus & hoc, Ejusmodi cisternam subterraneam potuisse videri ληνὸν, sive ὑπολήνιον, de quo Servator mundi loquitur Matth. 21, 33. Marci 12, 1. non *torcular*, ut verus & novus interpres, nec etiam *wijnpersbak*, ut Belgæ aliique eodem sensu, Anglus *the winefat*, Italus *un tino*, Gallus paulo ad rem propius, *une fosse pour un pressoir*; quæ tamen cisterna non est. Sed idem quod Hispanus *un fosso*, ante torcular fossam. Lacus fuit, arctissime clausus & depressus *infra* terram locus, ut plus satis indicat vocabulum ὤρυξεν, *effodit*, quo uterque utitur Evangelista. Suidas Cujacio citatus, vocat lacus vel laccos istos ὀρύγματα ὑπὸ τὴν γῆν εὐρύχωρα. καὶ ταῦτα κονιῶντες οἶνον ὑπεδέχοντο καὶ ἔλαιον εἰς αὐτά, καὶ ταῦτα λάκκους ἐκάλουν. *Loca infra terram late defossa, quibus incrustatis vinum recipiebant ac oleum, vocabantque Laccos*: quales Atheniensibus aliisque ait in usu fuisse.

17. De navibus se mutuo adfligentibus, vide *l. 29. §. 2. h.* & Wissenbachium *ad h. t. th. 20.* Adde *l. 30. §. pen. h. t.* De his, qui stramenta ardentia transiliunt, est *l. 45. §. 3.* more usitato in festo Palilium, & noto ex Ovidio, Tibullo, Virgilio, quorum loca refert heic Mornacius: Etiam inter Rusticos nostrates sæpe adolescens ejusmodi ludis adsuisse memini. Ut, tametsi de Festo Palilium non constaret, usus tamen doctrinæ, quæ traditur in *d. §. 3.* quod *si alter alterum læserit, non agatur Aquilia*, sic satis intelligi possit: etsi mos antiquus locum imprimis illustret.

Si defendendi mei causa lapidem in adversarium misero, sed non eum, sed prætereuntem percussero, tenebor lege Aquilia, l. 45. §. 4. h. t. De Cornelia *lege non paulo secus statuendum, ut in loco videbimus.*

Legem 52. §. 1. & 2. legere & expendere oportet, exempli causa, quanta opus sit accuratione prudentiaque in quæstionibus facti jurisque simul examinandis.

18. Atque hæc de lege Aquilia sic satis copiose. Ex dictis hoc repetamus; modum agendi aliquando seorsim ad reparationem damni, aliquando una cum injuriarum actione conjungi. Æstimationem damni hodie non fieri retro, ut lex Aquilia dictabat, *l. 61. §. æstimatio h. t.* sed ad veram rei æstimationem, cum eo quod interest circa rem: Notandumque, etsi nullum ipsi rei damnum sit illatum, nec pretio deterior sit facta, verum sumptus in restaurationem facti sint, posse tamen agi lege Aquilia, *l. 27. §. Rupisse. 17. h.* De conjunctione cum actione injuriarum non opus est repeti, quæ paulo superius exposita sunt. Postremo id jam ad Institutiones dictum est, de affectionibus liberi corporis, quales sunt deformitas & dolor, nullam in Judiciis haberi rationem, utique non illic, ubi certæ in singulas injuriarum species mulctæ sunt impositæ; de quibus ad *tit. de Injuriis* aliquid dicendum superest.

Pœnam Legis Aquiliæ, ut præstetur, quanti res plurimi fuerit in anno præcedente, vel mense, ex æquitatis ratione, non habere locum moribus hodiernis, dictum est *alias*. Agitur simpliciter in id quod interest, æstimandum ita, quemadmodum ad *Inst. h. t.* dictum est: Nisi quatenus Statuta Gentium pœnam aliquam imponunt, ut apud nos, qui alienos agros depascitur aut metit, tenetur in duplum, si dolo; alias in id quod interest, *2. Stat. 3. art. 1. 2.* Qui fructus in agro perdit, aut malo more decerpit, invito domino, triduum includitur, pane & aqua macerandus, *ibid. art. 9.*

TIT. III.

De his, qui dejecerint vel effuderint.

DUo hic sunt edicta, quæ habuimus in Inst. *tit. de Quasi-delictis*. Primum est in *L. 1. pr.* adversus eum, ex cujus habitatione aliquid solidi dejectum vel liquidi effusum est, *l. 5. §. 5. h. t.* Alterum in *l. 5. §. 6. §. 8. & ult.* quo mulctantur, qui in suggrunda vel protecto positum aliquid aut suspensum habuere, quod, si cadat, alicui nocere possit, quando id, quod positum est, actu decidit & nocuit, tum is, qui posuit vel suspendit, utili actione tenetur, *d. l. 5. §. 12.* si non constat, quis posuerit, videtur utilis ex priori delicto dari, *l. 1. §. 3. h.*

SCHOLIUM.

Mens Autoris videtur esse, quod hoc casu danda sit utilis actio de suspensis. Mihi vero videtur esse actio utilis Legis Aquiliæ.

RESPONSIO.

Ait Ulpianus in d. l. 5. §. 12. *si quod positum erat, exci-*

exciderit & damnum dederit, ad exemplum hujus actionis *dari oportere actionem; Exponit autem ibi Edictum* de positis & suspensis.

N. ADDIT.

Concedo jam Autoris assertum. Sed nec meum tamen a veritate alienum est. Si quilibet de populo ad mulctam agere velit, erit utilis ex edicto, d. l. 5. §. 12. *Si is, cui damnum datum est, ad id quanti res minoris retro fuerit, erit utilis legis Aquiliæ, quia dolo vel culpa ejus damnum datum est.*

Quamvis autem Actio de dejectis & effusis, sit Prætoria pœnalis, tamen est perpetua, *l. 5. §. 5.* contra regulam, quæ est in *pr. Inst. de perpet. & temp. act.* Id autem mireris merito, quæ sit ratio exceptionis. Nam ut hodie fert hominum existimatio, quæstiones hæ de plano judicumque arbitrio fere deciduntur. Forte non tam ut pœnam hoc duplum, ubi nullum delictum nec dolus, quam ut definitionem ejus quod interest, quod ad summum duplo existimant Juris Auctores, consideraverint. In *L. ult. h. t.* est textus cum ratione Legis Aquiliæ communis; cicatricum aut deformitatis nullam fieri æstimationem, quoniam hæc in liberum corpus non cadat, quod etiam est in *l. 3. D. Si quadr. pauper.* De qua Grœnewegius ad *h. l. ult. Futilis mehercle ratio*, inquit, laudatque mores & sententias in contrarium, etiam Frisiæ nostræ ex *lib. 2. Stat. tit. 2. art. 15.* in quo nihil est aliud, quam vulnus in facie duplo lui, quod a Jure Civili non abhorret, quatenus a loco vulneris augetur pœna, *§. Atrox. Inst. de Injur.* Alioqui constans in nostra Curia servatur ratio, propter dolorem & deformitatem, ne quidem si petantur, admittere æstimationem, etsi de Hollandia sua testetur aliter Grotius *lib. 3. Jurisprud. Holl. tit. 34. n. 5. & 6.* nec iniquum videatur, si non æstimationem, saltem aliquid solatii loco indulgere querentibus. Sed tale solatium magis est Attributricis quam Expletricis Justitiæ, nec adeo ad Judiciorum vigorem referri potest. Occurret iterum hic locus ad *tit. de Injuriis.*

TIT. IV.

De Noxalibus actionibus.

Etiam de noxalibus actionibus ex *Parte I.* constat, nec usum habent hodie, quia servis caremus, & in liberis jam olim cessavit. Diximus abunde ad *tit. Inst. de Noxal. action.* Hoc tamen indictum, si domino sciente & non prohibente, cum posset, servus deliquit, eum ad integram litis æstimationem, perinde ac si jussisset, obligari, *l. 2.* cum *3. ll. seqq. h. t.* Ut etiam, si dolo servum possidere desiit, aut per mendacium neget, se habere eum in potestate, aut, deferente adversario, nolit jurare, se nec habere nec dolo illum habere desiisse, *l. 5. & l. 21. §. 2. & seqq. h. t.* Qui non est dominus, ad dedendum noxæ non tenetur, * quoniam dominium, quo caret, transferre non potest, *l. 27. §. 2. ad L. Aquil.* tenetur tamen, ut servum dedat qualitercunque, *l. 13. h.* quos textus ita conciliare licet, *arg. l. 11. h. t.*

LIB. X.

TIT. I.

Finium regundorum.

I. Continuatio. Quo sensu Judicia divisoria sint duplicia Judicia. II. Definitio actionis Finium regundor. III. Actionem esse in personam, remotis objectionibus. IV. Dari actionem inter socios. Expl. l. 4. §. 6. h. t. *V. Quid per fines intelligatur, & explic.* l. pen. C. h. *VI. Intentio hujus actionis. VII. De accessionibus hujus judicii, adjudicationibus, fructibus &c. VIII. Actionem esse arbitrariam. IX. De præscriptione hujus actionis.*

Post actiones in Rem, atque in Rem scriptas, sequuntur actiones mixtæ, ex qualitate Reali & personali, eodem sensu quo sæpe dictum & plenius expositum est in *Part. I. tit. de Action. n. 22.* Sunt autem *post Her. pet.* tres omnino id genus actiones, & quidem divisoriæ; Finium

* Hodie ergo, cum liberorum hominum opera utamur, Domini ex eorum privatis delictis conveniri nequeunt. Brunnem. *ad l. 4. ff. de noxal. act. n. 1.* Schœpffer. *Synops. Jur. ad d. tit. n. 5.* Jure Saxonico tamen residuum mercedis arresto affici potest, ut læso inde satisfiat. *L. R. l. 2. art. 32.* Carpz. *P. 4. C. El. 43. def. 7.* Coler. *dec. 208. n. 3. 5.* Schœpffer. *l. c.*

Regundorum, Familiæ Erciscundæ, Communi dividundo. Quæ sunt etiam alio sensu *duplicia* judicia, quia par utriusque litigantis in his actionibus est conditio, *l. 13. de Judic.* cujusmodi judicia vocantur a Justiniano *duplicia, in §. pen. I. de Interdict.* Quia singulæ personæ *duplex* jus habent, *agentis, & ejus quo cum agitur, l. 10. h. t. Unusquisque heredum, & rei, & actoris partes sustinet*, habetur in *l. 2. §. 3. Famil. Ercisc.* Quo respectu mixtæ etiam hæ actiones dicuntur, *l. 37. §. 1. de O. & A.* quanquam expedit, ut hæ qualitates actionum mixtarum & duplicium distinguantur, ita quemadmodum expositum est.

SCHOLIUM.

Mixta judicia dici videntur, non quasi in iis uterque simul actor & reus sit, quem significatum in mente videtur habuisse Autor, sed quod uterque ante intentatam actionem habilis sit suscipere personam actoris, si nimirum prior ad judicium provocaverit. Et si vel maxime dicere velis, etiam in ipso exercitio, utrumque ab altero aliquid petere, & ita simul actoris & rei vices sustinere, tamen urgeri posset, secundum hanc expositionem, plures fore actiones mixtas, contra intentionem Imperatoris; cum facile & in aliis actionibus contingere queat, ut reus per modum exceptionis aliquid ab actore petat, ut in actione empti, locati, commodati &c.

RESPONSI loco servire poterunt sequentia. Duplex illud jus utriusque litigantis in effectu magis, quam in modo procedendi consistit. Nam hoc respectu, ut alter habeatur Actor, alter Reus appelletur, ad formam cujusvis judicii observatu necessarium est, ut traditur in *d. l. 13. de Judic.* adeo ut si tempore discerni nequeant, forte vices actoris Reique constituendæ sint, * quando aliter forma judicii non constat, *d. l. 13.* In effectu & exercitio disceptationis maxime spectatur duplicitas; quoniam utraque pars eandem habet intentionem divisionis impetrandæ, easdem probationes facere debent, utrique vicini sunt aut socii, ad utrosque divisio æqualiter pertinet.

N. ADDIT.

Primum responsionis membrum probat magis priorem partem mei Scholii, quam sententiam Autoris. Secundum vero non probat duplicitatem effectus, per intentionem eandem litigantium &c. Nam intentio litigantium & effectus sententiæ insigniter differunt. Potius in effectu magna est differentia. Si enim post actionem institutam uterque esset actor, uterque etiam teneretur probare fundamentum actionis. At hoc nunquam obtinet, sed reus semper potest esse tutus, si actor nil probaverit. Quamvis non prohibitum sit reo, (ut in omnibus Judiciis, duplicibus etiam,) suum interesse per modum reprobationis observare.

Nec tamen hæc ratio duplicitatis est perpetua; Nam si alter se læsum confusione limitum & rerum communium solus conqueratur, ὁ λυπούμενος, gravatus habet solus actoris partes, & alter, ut res ipsa loquitur, solus & simpliciter est Reus.

N. ADDIT.

Miror, cur Autor omiserit meum Scholium. Ad hæc enim verba id notaveram: Ex præcedentibus (i. e. dictis in scholio modo præcedente,) vero simul patet, ita explicata natura judicii mixti, non opus esse, ut hoc casu exceptionem statuamus. Sufficit enim, quod alter si velit, (clarius si voluerit,) *etiam ad Judicem provocare possit.* (potuerit.)

2. Prima divisoriarum dupliciumque actionum, est *Finium regundorum*, quæ paci inter cives custodiendæ maxime necessaria est; quando nihil rixis & pugnis frequentiorem dare potest causam, quam finium incertitudo: quo pertinet, quod Plutarchus de *Romulo* narrat, eum noluisse fines urbis a vicinis distingui, ut semper esset litium bellorumque occasio renovandorum. Actionem hanc definire licet hoc modo; *Est actio in personam, qua confines agrorum contendunt, ut veteres fines declarentur, aut novi judicis arbitrio constituantur, cum adjudicationibus, fructibus & eo quod interest.* Videamus singulos definitionis articulos.

3. *Est actio in personam*, quia datur *ex* facto confusionis finium, & *ad* factum dirimendi fines confusos, aut, si dividi nequeant, alios fines dirigendi, *l. 2. §. 1. h. t.* Actiones autem, quæ ad factum tendunt, esse in personam, satis docet *l. 25. de O. & A.* cui accedit, quod in *l. 1. h. t.* diserte ita scriptum est, *Finium regundorum actio in personam est.* Quo pacto autem verba sequentia, *licet pro rei vindicatione est*, non adversentur huic thesi, *ad tit. I. de Action. n. 22.* demonstravimus. Summa est, occupari his verbis objectionem; quod actio finium regundorum

* Apud nos judicis arbitrio, ut supra de duplicibus interdictis & actionibus monitum fuit, *P. I. p. 456.* adde Zanger. *de Exception. Part. 2. cap. 1. n. 385.*

sit

sit *loco rei vindicationis*, eundemque diversa intentione præstet eventum; hoc enim ipso, quod judex fines ad priorem terminum reducit, efficit, ut *alterum alieno abstinere jubeat, dominoque suum restituatur*, ut ait Ulpianus in *l.8.pr.h.t.* tametsi hæc non sit forma sententiæ, quemadmodum nec fuit in Conclusione Actoris, qui de *finium confusione defert querimoniam*, ut est in *l.3. C. h.t.* De facto queritur & ad factum contendit, quod etsi *proprietati cohæreat*, ut rursus in *d. l. 3.* non magis tamen est in rem actio, quam si quis commodati actione rem suam avocet ab eo, qui rem sibi negat esse commodatam, aut inficiatur depositum; quæ sunt actiones mere personales, sic tamen proprietati cohærent, ut cum judex inficiantem jubet restituere commodatum vel depositum, simul alterum alieno abstinere, dominoque suum restitui jubeat: Quibus accedit, quod in *l. 1. C. de Annali except.* hæc actio, juxta Familiæ Erciscundæ & Communi Dividundo, pro Socio, Bonorum raptorum, inter mere personales refertur. Quod igitur alii fundamentum hujus actionis volunt esse dominium, non magis probatur ex *d. l. 8. in pr. & l. 3.* quam quod Depositi & Commodati actiones e dominii fundamento nascantur. Adjudicationes, quæ fiunt in hac & sequentibus judiciis, nihilo magis ad hanc mixturam pertinere probandam, evicimus ad *d. tit. Inst. n. 22. sub fin.* idemque mox denuo patebit.

4. Sequitur in definitione, *Qua confines agrorum.* Habet enim hæc actio locum in Confinio prædiorum rusticorum. In prædiis urbanis finium regundorum judicio nullus est usus, quia domuum fines nulli sunt, nisi hortorum latitudo quandoque terminos habiles faciat; Ædificia parietibus distinguuntur, & quidem plerumque *communibus*, habetur in *d. l. 4. §. pen.* Quid si parietes domuum spatiis intermediis sint distincti? tamen nihil opus hoc judicio, quia parietes moveri nequeunt, ut ex illis finium confusio, sicut in agrorum limitibus, metuenda sit. Spatia, quæ inter insulas (ita vocari domos in jure, satis constat,) stillicidii causa relinqui solent, communia sunt pro diviso, ita ut quisque suam partem ædificando, (si modo stillicidium, ne in partem soli vicini cadat, avertat,) occupare possit, *l. 20. §. ult. de S. U. P.* modo nec solum ejus alia servitute libertatem illam amiserit, *l. 20. in pr. de S. R. P.* Inter eos etiam, qui flumine viaque publica distinguuntur, non esse viciniam proximam, nec hujus adeo facultatem actionis, ipsa res loquitur, *d. l. 4. §. ult. & seqq.* quod in rivo secus, & consequenter in itinere, licet publico, esse docet *l. 6. h. t.* Porro debent esse *Confines* tantum, non socii, nec qui fundum habent communem, *l. 4. h. t.* quoniam his competit actio pro socio, vel potius communi dividundo, nec committenda sit actionum confusio. Tu dices, quomodo inter eos, qui fundum habent communem, possunt esse fines, ubi nulla divisio? Dicendum, in *§. 6.* proponi regulam; in sequenti usum regulæ exemplo declarari, qui est, si alter proprium fundum juxta communem, situm habeat, *d. l. 4. §. 7.* Atqui in simili specie, quando plures habent rem communem, dantur actiones de Servitutibus, in *l. 27. de S. U. P. l. 4. §. 1. Si servit. vind. l. 6. §. 2. 3. l. 11. §. 5. de Aqua pluv. arc.* quid obstat, quo minus inter socios detur actio Finium? Respondeo, quoniam Servitutes præscriptione longi temporis acquiruntur, quod secus erat in finibus, ut explicat Cujacius *22. obs. 38.*

5. *Contendunt;* Hoc ita, ut modo diximus, intelligendum, quod uterque ut plurimum eandem habeat intentionem, etsi quandoque secus in hypothesi fiat, unoque contendente, alter solummodo contradicat.

Ut veteres fines. Per fines intelligi spatium quinque pedum, quod olim inter agros vacuum erat relinquendum ex lege Manilia, quod nec usucapi poterat, omnes observant ex Cicerone *I. de LL.* Frontino de *limit. tit. de Controv.* ubi, si de majore spatio locorum ageretur, causam proprietatis agendam fuisse Rei vindicatione, traditur. Sed postea constitutum est, *præscriptionem*, id est determinationem illam quinque pedum, esse removendam, actionemque finium regundorum, sine certa *præscriptione* spatii, *libere* peragi posse; quem sensum credimus esse legis *pen. C. h. t.* quam alii mire involvunt; *Quinque pedum præscriptione submota*, ajunt Impp. *finalis jurgii, vel locorum libera peragatur intentio.* Nihil facilius illo sensu exposito, nihil usui civili accommodatius. Quod olim quinque pedum spatio hujus actionis usus limitabatur, in id hodie non attenditur; sed quotiescunque fines & termini majoris quoque loci distantia dicuntur esse mutati, in præjudicium confinis agri, toties *finale jurgium*, lis de finibus *libera*, illimitata intentione peragi potest. Nec obstat huic expositioni *l. 4. C. fin. Regund.* ut Jac. Gothofred. in *Comment. ad l. 4.* & Struvius *ad h. t. n. 67.* indicant. Qui præscriptionem intelligunt heic *exclusionem ratione temporis*, nec idoneum *legi pen.*

sensum dare possunt, & quinque pedum spatio antea potuisse præscribi, supponere debent, quod verum non est, ut Cujacius *d. cap. 38.* probat.

6. *Declarentur;* Hic est, ac esse debet, primarius finis intentionis, ut fines mutati restituantur in eundem statum, in quo prius fuerunt, *l. 3. de Term. mot.* quod est, *dirimere fines* confusos in *l. 1. §. 1. h. t.* in quem finem consulenda vetera monumenta censusque, id est, censuales tabulæ ante litem contestatam ordinatæ, quatenus deinceps nulla, possessorum voluntate, mutatio facta fuerit. Adhibendi quoque agrimensores & præsens quandoque inspectio, *l. 8. & l. 11. h. l. 2. C. eod.*

Aut novi, Judicis arbitrio, constituantur. Si diremptio & renovatio ad veterem modum institui nequeat, quæ est directa hujus judicii intentio, res ad officium deducitur, ut novi fines constituantur. Etiam aliquando, si maxime fines antiqui possint indagari, si tamen obliqui, impliciti & confusionibus obnoxii sint, potest judex evidentioribus agros limitibus distinguere, *§. 6. Inst. de Off. Jud. d. l. 2. §. 1.*

7. *Cum adjudicationibus.* In distinctione novorum limitum necessariæ sunt adjudicationes, quibus alter condemnetur, particulas angulares agri sui amittere, vicinoque prædio cedere, ut fines recta constituantur; & alter, pecuniam dare, qua judex amissas alterius agri particulas æstimaverit, *§. 6. Inst. de off. Jud. l. 3. h. t.* cujusmodi adjudicationes non inferre mixturam actionis in rem, non repetemus: probatum ad *d. tit. de Act. n. 22. sub fin.*

Fructibus. Eodem modo fructus heic veniunt in condemnationem, quo in Rei vindicatione, pro qua cedit, & cujus effectum præstat; quæ proinde ex *tit. de Rei vind.* pro repetitis haberi debent, juxta *l. 4. §. 2. h. t.*

Et eo quod interest. Hujus quoque rationem habendam esse, docet æquitas, & textus in *l. 4. §. 1. h. t.* ratione damni, per culpam, aut dolum, impensasve ab altero factas: nec non ratione lucri cessantis, ut in *d. l. 41.* declaratur.

8. Ex hac definitione & ejus exegesi colligendum superest, cujus generis hæc sit actio, bonæ fidei, stricti juris, an arbitraria. Bonæ fidei non esse, probatur *ex argum. §. 28. Inst. de Action.* ubi, cum perfectus actionum ejus generis catalogus recenseatur, hæc ibi non reperta, non potest pro tali haberi; Attamen inde non sequitur, quod vult D. Wissenbach. *ad h. t. n. 5.* illam esse juris stricti, cum detur tertio, ut recte Thomasius in *Schol. ad posit. penult.* Arbitrariam esse, non tam probatur ex *l. 7. h. t.* ubi de modo agrorum *arbitri* dicuntur dari; nam ita judices etiam in bonæ fidei judiciis, quæ olim arbitria vocabantur, ut probavimus *d. tit. de Action. n. 25.* ut judices in illis, arbitri, *l. ult. D. Famil. Ercisc.* Sed inprimis, quia Judex heic primo jussum edit, quo fines jubet restitui, vel pati, ut novi constituantur, quæque præterea finibus restituendis connexa sunt: Si quis judici non pareat, gravius condemnabitur; quæ est ipsa verissimaque proprietas actionum arbitrariarum, ut expositum ad *d. tit. Inst. de Action. n. 25.*

9. Denique tenendum, huic actioni tanquam personali, non præscribi, nisi longissimo tempore XXX. annorum a tempore finium mutatorum, *l. ult. C. h. t. d. l. 1. §. 1. C. de Annal. except.* quod tamen intelligendum, positis terminis habilibus, si fines quidem producti sint atque mutati, sed ager interjectus æquabili certaque possessione ab uno possessus non fuerit; hoc enim si factum sit, non potest aliter, quam ut fines una cum fundo usucapti intelligantur, *l. 2. §. 6. in fin. ff. pro emptore.* Postremo & hoc notandum; Aliquando hanc actionem esse accessoriam judicii criminalis de termino moto, *d. l. 4. §. 4.*

TIT. II.

Familiæ Erciscundæ.

I. Utilitas hujus judicii. II. Definitio hujus actionis, & communes ejus qualitates. III. Quatenus qui agit hoc judicio, adversarium fateatur esse coheredem. IV. Quæ res dividantur, & quæ non. V. Qua ratione nomina & obligationes dividi posse negentur, & tamen dividantur. VI. Præstationes personales, in hoc judicium quæ non veniant. VII. Officium Judicis in descriptione bonorum, & hujus effectus. VIII. Ejusdem officium in bonis dividendis, ubi conciliatio l. 32. h. t. cum l. 2. C. eod. *IX. Familiæ ercisc. judicium an plus semel institui possit, & an differat hactenus ab heredit. petitione. X. Non posse conjungi Hereditatis petitionem cum hoc judicio, quod tamen recte intelligendum.*

Paci

PAci inter cives, inquam, custodiendæ judicia divisoria maxime conducunt; nusquam enim violentius ἡ πλεονεξία, *plus suo cupiditas habendi* sævit, quam ubi duorum pluriumve avaritia cedere nescia in iisdem rebus colliditur; ut Jocasta in *Phœnissis*, ad filios:

Μετέθετον τὸ λίαν, μετέθετον, ἀμαθία δυοῖν.
Εἰς ταὐθ᾽ ὅταν μόλητον, ἔχθιστον κακόν.
Mittite quod nimium est, mittite, duorum insolentiæ,
Quando in idem concurrunt, malum infestissimum.

Danda igitur opera fuit, ut hæc res accuratis legibus & actionibus regeretur; quo singuli parte sua contenti æqualitatem servarent, cujus neglectus injuriæ omnis initium est. Eadem ad alterum ex filiis.

Σὺ δ᾽ οὐκ ἀνέξῃ δωμάτων ἔχων ἴσον
Καὶ τῷδ᾽ ἀπονεῖμαι; κἆτα ποῦ στιν ἡ δίκη.
Si tibi domus dimidia pars non sufficit,
Nec alteram fratri sinas, jus exulat.

Fierique oporteret, quod inter illos, spectante matre, factum,

θηκτῷ σιδήρῳ δῶμα διαλαχεῖν τόδε.
ut
Manu familiam & ense stricto erciscerent.

Cujusmodi incommodis ne domus funestentur, Familiæ Erciscundæ judicium introductum est; Nam erciscere familiam nihil est aliud, quam *dividere* hereditatem, ab *Erciscere*, verbo vetere, cujus vestigium in Noverca, & *familia* antiqua significatione; qua familiæ *emptor*, & in XII. Tabulis, Agnatus proximus *familiam*, & similia, de quibus Brisson. in *de V. S.* voce *Familia*.

2. Est autem Familiæ Erciscundæ Actio, *quæ datur inter coheredes discedere volentes a communione rerum hereditariarum, tam ut res hereditariæ dividantur, quam ut præstationes personales adæquentur*, ut posuimus ad *tit. Inst. de Quasi-contract. n. 6.* Qualitates actionis ibi non expressimus, ut quod *Civilis* sit, ex lege XII. T. *l. 1. h. t. Duplex*, ut ad *præced. tit. Mixta*, non ratione causæ, quod simul ex jure dominii & obligationis orienda sit, ut toties dictum: sed ratione materiæ, ut diserte scribit Ulpianus in *l. 22. §. 4. h. t.* Familiæ *erciscundæ judicium ex duobus constat, id est rebus, atque præstationibus, quæ sunt personales actiones.* Denique bonæ fidei hanc esse actionem, satis ex *§. 28. Inst. de Action.* constat. Has qualitates definitioni inferendas non putavimus, nec alias solemus; sufficit, eas e loco de Actionibus communi esse notas; nisi quando in certis actionibus singulari usu veniat.

3. *Datur inter coheredes*, volentes discedere a communione rerum hereditariarum, *l. 1. h. t.* unde sequitur, hoc supponi ab eo, qui agit familiæ erciscundæ, adversarium esse coheredem, quod etiam ex *l. 24. §. 1. h. t.* satis liquet. At tamen Scævola in *l. 37. h. t.* sic ait, *Qui familiæ erciscundæ judicio agit, non confitetur, adversarium sibi coheredem.* In basilicis habetur ὁμολογεῖ, *confitetur*, absque negatione. Cujacius emendationem ex basilicis alioqui facillimus, heic tamen ἐπέχει, *subsistit*. Intelligit basilicos æque mendosos esse posse, quam Florentinum librum. Aliis ita videtur, *Legem 37.* de Reo esse accipiendam, qui respondens actori, de ejus intentione confiteri non videatur, *arg. l. 9. de Except.* Habetur quidem in textu, *agit*; sed quia duplex hoc est judicium, in quo *uterque est actor & reus*, ut scribit Paulus in *l. 44. §. 4. h. t.* nihil vetat, reum *agere* dici. Simplicius, & forte rectius est, ita tenere; eum, qui familiæ erciscundæ adversus alium agit, videri quidem supponere, adversarium esse coheredem; at tamen id ipsum non directe *Confiteri*; ut cum effectu coheredem illum, si vere non sit, agnoscere cogatur: posse ab illo postea quoque hereditatem petere, tanquam ab eo, qui pro herede possideat, quæ fere est sententia Cujacii *lib. 9. obs. c. 46.* Sed Condictionem indebiti ad repetendum, quod falso coheredi in divisionis judicio cessit, non dari, Paulus disputat in *l. 36. h. t.* quia non est indebitum, quod ex causa judicati solutum est; id ipsum tamen, inquam, hereditatis petitione repeti posse, jus & æquitas dictare videtur, *arg. l. 17. de Hered. pet. l. 1. ff. Si pars hered. pet.* Cæterum, ex eo, quod inter coheredes datur hoc judicium, adversus eos, qui pro emptore, pro donato, aliove singulari titulo rem tenent, non dari, nec ejusmodi res venire in hanc actionem, ultro liquet, *l. 25. §. 7. h. t.*

4. *Tam ut res dividantur*; Hanc esse primariam hujus judicii intentionem, e Quasi-contractu Communionis oriundam, satis constat. Ideoque exercetur in omnibus rebus divisionis capacibus, quales non sunt, quæ in dominium singulorum redigi nequeunt, ut loca religiosa, *l. 30. in fin. h.* venena, libri nefarii, & similia, quæ Judex statim corrumpere debet, *l. 4. §. 2. h. t.* Similiter, quæ ex peculatu, vel ex sacrilegio acquisita sunt, vel vi, aut latro-

latrocinio, hæc non dividuntur, *d. l. 4. §. 3.* Atqui talia lucra veniunt in hereditatis petitionem, & possessor inhonestos fructus ex hereditate perceptos, etiam restituere cogitur, *l. 52. D. de Heredit. pet.* idem fere de negotiorum gestorum actione habetur in *l. 8. §. 1. D. de negot. gest.* Ratio differentiæ videtur esse, quod in his posterioribus judiciis, qui fecit inhonesta lucra, id agit, ut ea retinere possit, qua in re non est ei indulgendum, sed restituere debet, quicquid ut heres aut negotiorum gestor acquisivit. At in hoc judicio, turpia lucra Judicis officio dividenda forent, quod vigor publicæ disciplinæ non patitur; verum ille potius in publicum talia denuntiare debet. Idem erit in pecuniis ex alea stuprisque conquisitis, *l. 59. §. 1. Pro soc.* Proinde etiam in iis, quæ ex venditione publicorum munerum hereditati accesserunt; quatenus hæc nundinatio Legibus prohibita est. Usus hujus observationis venit, cum ejusmodi lucra vel in nominibus adhuc extant, vel ipsa nummorum corpora inde confecta, reperiuntur. Nam si tales pecuniæ in substantiam bonorum redactæ, aliquando ad defunctum pervenisse probari queant, non erit in hac actione Judicis officium, illas e bonis iterum exigere & segregare; quod potius ad Fisci procuratoris officium attineret. Sunt etiam res, quæ divisionem per naturam suam non recipiunt, ut Servitutes, de quarum individuitate diximus *in loco*, & in hoc judicium per legem XII. tabularum non veniunt, nec adeo venire possunt, *l. 25. §. 9. h. t.* Cautiones quoque, & instrumenta hereditaria, non dividuntur, sed apud eum, qui ex majori parte heres est, collocantur; aut si pares sint, sortiri oportet, vel ex *consensu*, omnium scil. unanimi, vel *suffragio* majoris numeri, apud tertium collocanda, aut in æde sacra deponi debent, *l. 5. h. t.* Primogenitus igitur ex fratribus nihil hic jure, ut videtur, sibi arrogare potest, *l. 5. C. Comm. utr. jud.* qua de re mores Gentium variant, Vid. Morn. & Brunnem. ad *d. l. 5.*

5. Nomina quoque, id est obligationes & actiones, cum sint incorporales, dividi non possunt, *l. 4. in pr. l. 6. & l. 7. C. Famil. ercisc.* adeo ut si nihil præter nomina sit in Hereditate, cesset hoc judicium, *l. 25. §. 1. in fin. h. t.* Quod de ipso jure actionis instituendæ, non de officio judicis implorando capiendum. Quippe nihil usitatius est, quam obligationes & nomina dividi in erciscundis familiis, ne sit necesse per partes exigi & exigere, quod sæpe non levia habet incommoda, *l. 3. h. t.* sed juris ratio per divisionem illam non mutatur. Quin creditores non contenti e coheredibus illo, cui suum nomen in solidum sit impositum, cunctos heredes pro partibus hereditariis convenire possunt: *libera potestas*, inquit Gajus, *manet creditoribus, cum singulis experiundi.* Quin nec ipse coheres ille, qui nomen aliquod *passivum*, ut sic loquar, hereditarium solus in se receperit, a creditoribus, vi conventionis illius inter coheredes factæ, postea invitus conveniri potest; sed ita demum, si procuratoriam qualitatem pro cæteris coheredibus in se admiserit, *d. l. 3.* Qua similiter opus ei est, quando nomen activum sibi in divisione adsignatum exercere, debitoresque in solidum vult convenire, *d. l. 3. in med.* Magis tamen arbitraria facultas est in activis, quam in passivis nominibus, quatenus ex illis debitores inviti prompte conveniri atque ad solvendum solidum cogi possunt, vi clausulæ procuratoriæ, sive cessionis mutuæ in divisionis instrumento factæ, qua coheres, cui nomen aliquod obvenit, ait se petere v. c. centum a debitore hereditario, partim suo nomine, partim vi cessionis a coheredibus factæ. Verum in passivis nominibus, Creditores neglecta divisione clausulaque procuratoria, omnes & singulos heredes convenire possunt, quia debitores se creditori invito subducere nequeunt, *l. 1. C. de Novat.* Qui tamen onus in se recipit solus ex coheredibus, quo minus ille pro cæteris intervenire judicatoque satisfacere possit, nihil, (scilicet sine præjudicio Creditoris,) impedimento est, *d. l. 3. in fine.* Ceterum, quando singuli coheredes tantum de rebus defuncti, quantum ad Creditori satisfaciendum requiritur, possident, hypothecaria conveniri possunt, *l. 2. C. de Heredit. act.* idque ut observari hic potest, sic *alio loco* tractari debet. Denique & hoc per se patet, debitum præstationis individuæ non posse ita inter heredes dividi, ut singuli pro partibus agere possint, quod exemplo declaratur in *l. 78. §. 2. de Contrah. empt.* Instrumenta quoque hereditaria pro individuis hac parte habentur, de quibus vid. *l. 5. C. h. t.*

6. Postremum in definitione est, ut *præstationes personales adæquentur.* Quid sint præstationes personales, diximus ad *tit. I. de Societate*, *n. 7.* scil. quæ non immediate de rebus, aut ex rebus, sed ex facto aliquo personali oriuntur, veluti ex dolo culpave alterutrius, modo quasi ab herede factum sit: Nam si quis vivo testatore pecuniam sustulerit, aut aliud quid interverterit, vel commiserit, cum nondum heres erat, in familiæ erciscundæ

scundæ judicium ea res non venit, *l. 16. §. 4. h. t.* Quæ autem ut heres fecerit, etsi alia de illis actio non desit, omnino in hac actione continentur, *d. §. 4. & seq.* Quicquid denique unus heredum ex rebus hereditariis percepit, stipulatusve est, in hunc censum venit, *l. 19. h. t.* Videndum autem, ut in omnium personis fiant adjudicationes istæ personalium præstationum; & ideo, si in alicujus persona fuerit omissa Condemnatio, in cæterorum quoque persona, quod fecit judex, non valebit, ratione ab unitate rei judicatæ petita, *l. 27. h. t.* Denique, prælegata coheredi ut præcipua adjudicanda, nec minus quod defunctus ei debuit, *l. 8. l. 4. l. 20. §. 1. & l. 42. h. t.*

7. Ex hac definitionis exegesi naturam hujus judicii cognoscere licuit. De officio Judicis præter ea, quæ in *Parte priore* dicta sunt, addere placet; Primo omnium, esse necessariam descriptionem rerum hereditariarum, cum oneribus & commodis, ut materia divisionis in conspectu sit: in quem finem coheredes, maxime qui domi *mortuariæ* fuerunt, jusjurandum præstare debent, se *non ituros ad inficias*, nec quicquam suppressum iri, *l. 44. §. 4. h. t.* ad quod juramentum famulos & ministros etiam compelli posse, verius est, ut ex facto memini a Curia decretum esse, ad petitionem *V. Joh. S. in heredit. H. H. 15. Jul. 1680.*

Non habet tamen professio & declaratio ejus, qui fuit in hereditaria domo, & secuta descriptio vim probationis, sicut Professio & descriptio Inventarii a Testatore facta, respectu Pupilli habet efficacissimam, *l. ult. C. arbitr. Tut.* Hinc quæsitum fuit, an nomen sive debitum, quod unus ex heredibus erat professus, & quod inter onera hereditaria relatum erat, vim probationis, alia deficiente, haberet. Judicatum est, non habere: quia poterat esse solutum, aliterve sublatum; neque in hac descriptione cum Creditoribus, sicut in Inventario Tutelari cum pupillo, res agitur; etiam quia Tutor pro officii exactitudine rationes secundum Inventarium redditurus est, cum qui in familia erciscunda facit professionem, hoc ipso ad nullam rem sese obliget: unde licet creditor, cujus debiti jus unus coheredum professus erat, esset coheres, tamen hoc solo petitionem ejus subnixam rejecit Curia, in causa *Titiæ Friderici, contra Sophiam Friderici, ante vigil. Quadrag. 1682.* Porro hæc descriptio, si quidem ex heredibus aliqui minores, vel absentes sint, a Magistratu publice fieri debet, *l. ult. C. arbitr. Tut.* juxta obsignationem, ad tempus quatenus res ferre videatur. Si heredum nulli minores vel absentes sint, Judicis auctoritate ad descriptionem faciendam heredes non egent, sed ipsi omnia suo arbitratu recensere possunt; quo minus etiam juramentum exigere queant, maxime, si qua publica forte persona adfuerit, per quam exigatur, nihil obstat; quatenus nusquam ad jurisjurandi religionem requiritur auctoritas magistratus; Præter quod, inquam, Notarii similique charactere præditi, sæpius ex officio juramentum exigere possunt ac solent. Vulgus tamen secus arbitratur, & Magistratus commodi sui causa libenter eam fovent opinionem. In quadam civitate Frisiæ, quod memini, Notarium, qui descriptionem familiæ erciscundæ causa, exacto jurejurando, fecerat, Magistratus foro interdixerant. A quo cum appellasset Curiam, coacti sunt, & merito, illum restituere; Quin & Testator, pupillorum minorumque respectu, descriptionem judicialem prohibere potest, *ut fit quotidie*, qua de re in materia Tutelari locus erit agendi.

8. Descriptione facta, (quæ in parvis hereditatibus aliquando potest omitti,) procedendum ad divisionem. In qua primo Judex animum advertet, an aliquid a Testatore hac parte sit præscriptum, vel etiam conventione partium; quæ ut semper, ita heic etiam dat legem negotiis; conventio quidem absolute, Præceptum Testatoris non aliter, quam Legitima Falcidiave salva, *l. 10. C. Famil. ercisc. l. 20. §. 5. D. eod.* ubi non modo in commodis, sed etiam in oneribus illa ratio servatur. Sed dubium est, quid faciendum, si quædam res a Testatore sint divisæ, quædam indivisæ sint relictæ, utrum indivisæ res æqualiter, an pari inæqualitate sint dividendæ, quam forte suo arbitratu testator in aliis rebus secutus est. Et respondetur, æqualiter, sine affectione ad hujus aut illius heredis personam, ut ita viriles sint partes; habita tamen proportione partium assis in institutione, quæ nullo modo negligi potest, ac ita servatis partibus hereditariis. Sic putabam posse conciliari *l. 32. h. t.* cum *l. 21. C. h. t.* ut partes *viriles* in *l. 21.* dicantur, opposite ad affectionem personarum, non opposite ad proportionem hereditariam, sive partium assis. Potest etiam hoc modo: Viriles partes sunt, quando defunctus nihil in ordine intestati mutavit; hereditariæ, si inæquales reliquerit partes, quomodo fere Thomasius respondet in Scholiis

ad *tit. Inst. de Off. Jud. posit.* 14. Quatenus igitur nihil specialiter expressum est, omnia, quanta fieri potest, æqualitate maxima esse dividenda, laudati textus docent; si quæ res æqualitatem illam non recipiant, veniendum est ad reciprocas adjudicationes, ut uni res, alteri pecunia, qua res fuerit æstimata, detur. Potest etiam licitatio admitti, ut plurimum ex heredibus offerenti res addicatur, pretiumque in hereditatem communiter dividendum conferatur, quæ tamen ratio in instrumentis hereditariis, merito displicet: cum hæc maneat penes eum, qui majorem habet consortii partem, cujus est, reliquis exempla dare; nisi ex causa placeat sors, aut depositio instrumentorum in æde sacra, *l. 4. §. ult.* cum *sequ. Famil. ercisc.* Cæterum, ad evitandas divisionum difficultates, nostrati imprimis consuetudine, res mobiles, quibus carere volunt, auctione publica distrahuntur, reliqua, post accuratam distributionem in totidem partes, quot sunt heredes, adhuc sorti subjiciuntur, sive judicis arbitrio, vel etiam sine judice res dividantur, *l. 8. C. Comm. utr. judic.* Æqualitas huic judicio naturalis non fert, ut quod hodie in Saxonia * pluribusque locis aliis receptum est, major filius divisionem instituat, minor electionem habeat, qua de re Struv. ad *h. t. n. 11.* quod apud nos etiam ignoratur: ut tamen Judex, ad rem componendam exitumque inveniendum, ex officio, quæ jure prodita non sunt, haud dubie pro re nata supplere queat; eoque pertinet, quod si res corporalis sit, quæ divisionem quidem naturaliter recipiat, at non commode civiliterque, Judex rem integram adjudicare possit, qui majorem partem obtinet, præstita cæteris suarum partium æstimatione, ut exemplo rationibusque firmat Sandius in *l. 4. tit. 11. def. 4.*

9. Sed hæc observatio communis est cum judicio Communi dividundo, ut alia pleraque, de quibus *deinceps:* secundum quod, hujus judicii defectus per alterum suppleri potest. Scilicet, Familiæ erciscundæ judicium est generale totum, de cunctis rebus hereditariis; in quo si quid omissum sit, de rebus illis singularibus, hæc actio, quæ tantum generalis est, repeti non potest; sed judicio communi dividundo, quod est singulare, supplentur omissa, *l. 20. §. 4. h. t.* cujusmodi suppletio in hereditatis petitione nec fieri potest, neque ad rem pertinet; cum, ut ad *tit. Si pars Hered. pet.* intelleximus, Hereditatis petitio a parte quidem Petitoris sit universalis, sed a parte rei non pateat ulterius, quam a reo possidetur. Indeque non est mirum, Hereditatis petitionem sæpius institui posse, per *l. 10. de Hered. pet.* Tametsi vix operæ pretium est, hac in re diversitatis utriusque judicii rationem indagare, quod ex Accursio satagit D. Wissenbach. *h. t. n. 14.* Nam hereditatis petitione contra eundem possessorem sæpius uti licere, non memini scriptum, sed contra diversos hanc dari facultatem, indicat *d. l. 10.* Atqui cum diversis heredibus diversis temporibus uti familiæ erciscundæ judicio, nihilo magis impedimento est, quam ut ad diversis possessoribus hereditatis petatur. Dubitandum enim non est, quin familiæ erciscundæ judicium & inter pauciores heredes ex pluribus accipi possit; ergo inter omnes, diversis vicibus, *l. 2. §. 4. h. t.*

10. Non esse locum huic judicio Familiæ erciscundæ, nisi constet, petitorem esse heredem, alioqui exceptionem præjudicii obstare, docet ratio & textus in *l. 1. §. 1. h. t.* Sed an is, qui petit hereditatem, potest simul familiæ erciscundæ agere? Probatum est ad *tit. de Edend.* posse duas actiones uno libello cumulari, modo idem bis non petatur, sed natura negotii civilem recipiat subordinationem, quod an in conjunctione judicii hujus, universalis & generalis, fieri possit, considerandum est: Fit equidem hoc modo sæpe, ut agatur in Foro; *Peto me heredem declarari pro semisse, reumque possessorem condemnari, ut mecum communicet inventarium omnium rerum hereditariarum jurejurando firmatum; consequenter ut mecum procedat ad divisionem bonorum, mihique dimidiam partem, e testamento vel ab inte-*

* Scilicet secundum *P. 3. C. El. 15.* quoties divisio hereditatis sit inter duos coheredes, major natu dividit, minor eligit, sive duo masculi, sive duæ fœminæ concurrant, Carpz. *ad d. C. def. 5.* Si vero masculus cum fœmina concurrat, fœmina, sine ætatis discrimine, cum Curatore partes constituit, ex quibus masculus electionem habet. *d. C.* ibique Carpz. *def. 7. 11. & 12.* nisi pacto, statuto, consuetudine, aut testamento Patris hoc Jus optionis sublatum fuerit, *d. C. §. f.* Quod si vero plures, quam duo, coheredes adsint, Jus hoc optionis plane locum non habet, sed divisio instituenda est secundum Jus Commune, Schœpffer. *ad ff. tit. Fam. ercisc. n. 17.* nisi certa consuetudo etiam hoc casu filio natu minimo jus optionis relinquat, de qua vide Carpz. *def. 25. 31. ad d. C.*

stato

ſtato ad me pertinentem reſtituat, cum fructibus, eo quod intereſt, ac omni cauſa. Quæri poteſt, an non hujusmodi concluſio pugnet cum eo, quod ad *Tit. D. Si pars Hered. pet.* obſervatum eſt, *non poſſe* nos *conſequi* per *hereditatis petitionem id, quod familiæ erciſcundæ judicio conſequimur, ut a communione diſcedamus*, ex *l. 7. Si pars heredit.* Exiſtimo, non adverſari præcedentem agendi modum huic *Legi* 7. Nec enim in præcedenti concluſione erat integra petitio, familiæ erciſcundæ judicio propria; quia per condemnationem, qua quis jubetur ad diviſionem procedere, non receditur a communione, quæ eſt inter coheredes, in quo conſiſtit eventus judicii familiæ erciſcundæ; Sed poſtquam Reus poſſeſſor ad diviſionem procedere juſſus eſt, illud judicium adhuc, cum ſuis acceſſionibus variiſque præſtationibus, ventilandum finiendumque ſupereſt. Condemnatio ad diviſionem inſtituendam, in ſupra dicta formula magis eſt ſequela hereditatis petitionis, quam novæ actionis accumulatio. Proinde ſi quis ita, petens hereditatem, concludat; *Peto me heredem pro ſe-miſſe declarari, Reumque condemnari, partem ut dimidiam hereditatis mihi reſtituat; conſequenter ut res hereditarias mecum dividat, hinc inde præſtanda præſtentur cum fructibus &c.* in tali formula diſtinctis periodis foret hereditatis & familiæ erciſcundæ petitio, quas negat *l. 7.* poſſe conjungi, & quæ nec uſum civilem admittere videntur, ut quæſtio de jure hereditario, cum varietate rerum & præſtationum in diviſorio judicio, implicetur.

Tit. III.

Communi Dividundo.

I. Definitio hujus actionis, & inter quos detur. II. Diſcrimen ejus ab actione pro Socio. III. Communia utriusque judicii, inter quæ 1. Evictio. IV. Officium Judicis in dividendo. V. Numquid juris habeat alter, altero invito, in re communi. VI. Non valere Communionem in perpetuum, etſi pacto ita conſtitutam; ad tempus valere, quam ex teſtam. quam ex pacto. VII. Huic actioni non poſſe præſcribi; poſſe tamen, terminis habilibus. VIII. Non ſemper de impenſis in rem Communem agi poſſe hoc judicio. IX. Modus peragendi judicia diviſoria. X. Quatenus detur reſciſſio illorum ob inæqualitatem, & læſionem.

QVod præcedens Judicium in hereditate præſtat, id Communi dividundo facit in rebus ſingularibus: Ideoque ſic definitur; Actio Communi dividundo eſt, *quæ datur inter eos, qui res ſingulares habent Communes, ad hoc, ut res dividantur, & præſtationes perſonales juxta diviſionem rerum adæquentur.* Non inculcamus apud definitionem, quod jam præſumptum oportet ex loco communi de Actionibus, & ex iis, quæ de præcedenti Actione diximus, eſſe hanc civilem, perſonalem, bonæ fidei, perpetuam. Mixtam non eſſe origine, ſed tantum materia ſubjecta, probat ejus initium, quod eſt Communio, quæ eſt e Quaſi-contractibus, *§. 3. Inſt. de Quaſi-Contract.* Sed toties demonſtrata non eſt quod repetamus. Tu vide ſis Wiſſenbachium *ad h. tit. n. 26.* Proſequamur definitionem, ut a nobis collocata eſt; *Datur inter eos, qui rem habent Communem;* generaliter, ſive contractu ſocietatis inita ſit Communio, ſive partes inciderint in Communionem, *l. 2. h. t.* quo ſenſu an recte dicatur, hanc actionem latius patere quam Quaſi-contractum Communionis, quæſitum eſt *ad tit. de Quaſi-contr. n. 5. & reſponſione ad Scholium ſubjectum.* Sed inter quos datur hæc actio, inter poſſeſſores, an inter dominos? Poſſeſſionem non requiri, docet *l. pen. h. t.* neque dominium, *l. 7. h. t.* ubi inter eos, qui vectigales habent agros, qui Publicianam habent, *pr. & §. 2.* creditores ratione pignoris, uſufructuarios miſſos in poſſeſſionem a Prætore, *§. 7. 8. 10. 12.* datur hæc actio, *utiliter.* Forte igitur qui *jus in Re* habent, eos hanc actionem inter ſe habere, non male dixeris; modo termini adſint habiles, qui an ſint in ſervitute, vid. *l. 9. §. 2. & 4. h. t.* Sane colonis, depoſitariis, & precario rem tenentibus non datur: quia, licet juſta ſit poſſeſſio, *non pergit tamen in judicii vigorem,* habetur *in §. 4.* juncto *§. 11. d. l. 7.*

2. Ut res dividantur & præſtationes perſonales. Hæc eſt mixtura hujus actionis, in materia ſubjecta conſiſtens; Res, & præſtationes perſonales. Sed quomodo cum hac mixtura conciliabimus ſententiam *leg. 1. h. t. Pro Socio actio magis ad perſonales invicem præſtationes, quam ad Communium rerum diviſionem pertinet?* Particulam *magis* ibi non συγκριτικῶς, comparative, ſed θετικῶς, poſitive accipiendam eſſe, probat D. Wiſſenb. *pr. ad h. t.* Unde ſic ſtatuendum erat; Inter actionem Communi-

Communi dividundo atque pro Socio hoc interest: Illa pertinet ad divisionem rerum; hæc pro Socio ad præstationes personales, non ad divisionem, sicut illa nec ad præstationes, quæ personales vocantur. Potius oppositio in *h. l. 1.* hunc habeat sensum; Pro Socio non datur ad divisionem, verum ad præstationes: Communi dividundo prorsus ad divisionem, an nec de præstationibus personalibus? Non ita, quemadmodum Pro socio; tamen etiam de præstationibus datur, ut ex *l. 11. h. t. & passim* liquet: Exposuimus rem ad *tit. I. de Obl. ex qu. Contr. n. 5. post Schol.* hac summa; Actionem pro Socio videri competere de præstationibus, quæ durante societate sunt adæquandæ; finita communione, licet de solis agatur præstationibus, tamen esse Communi dividundo judicium, *d. l. 11.* Atqui ne hoc quidem dicendum videtur; *Nam etiam impendiorum nomine utile judicium* (communi dividundo, de quo illic agitur,) *mihi dari debere in socium, etiam manente rei Communione*, scriptum est in *l. 14. in med. §. 1. h. t.* Recte, inquam, si communio sit absque societate; nam *socios vocari* omnes, qui rem habent communem, licet absque societate, satis constat vel ex *§. 3. d. tit. I. de oblig. ex qu. Contr.* Subsistere igitur in hoc licere videtur, Actionem pro Socio dari de præstationibus e contractu societatis, absque divisione rerum adæquandis.

COMMUNIA FAMIL. ERCISC. ET COMM. DIVID.

3. Reliqua hujus tituli ad Communia judiciorum referri possunt: e quibus *Primum* sit, quod divisio se instar Venditionis habeat, *l. 1. C. Comm. utr. jud.* Proinde si pars uni e sociis decisa fuerit evicta, reliqui ad æstimationem tenentur, sine eo quod alterius interest, cum heic nulla sit alterius culpa, *l. 66. §. ult. ff. de Evict.* quod etiam in successione ab intestato locum habere, verius est per ea, quæ tradit Sand. *lib. 4. tit. 11. def. 2.*

4. II. *Commune*, quod officium judicis in rebus dividendis & præstationibus personalibus, utrobique eodem fere modo administretur, ut quæ sine causa ab uno e sociis alienata sunt, reliquis præstentur, inter quæ donatio bene refertur, quam proinde qui fecit, rei communi imputare non potest, ut judicatum in *Curia* die 4. Mart. 1681. *in causa S. V. B. contra J. a B. cum soc.* Porro curandum, ut æqualitate divisio quam maxima fiat, *§. 3. I. de Qu. Contr.* sequatur tamen judex quod omnibus utilissimum est, *l. 7. §. 10. l. 21. h.* & si forte res commode non possit dividi, ut uni res tota adjudicetur, alter in certam pecuniam condemnetur, quod & in domibus, etsi corporales & naturaliter dividuæ sint, usu venire, probat Sandius *lib. 4. tit. 11. def. 4.* nec semel accidit, ut consulti, quid facto opus, ubi unus e pluribus domum communem habentibus, eam ingenti cum incommodo reliquorum, dividi vellet, responderimus; socium illum *transversarium* cogi posse, ut pro sua parte pecuniam acciperet, per ea, quæ tradit Sand. *d. loco.*

5. III. Est hoc Commune utriusque judicii, quod in re communi nemo dominorum quicquam, invito altero, facere possit; verum alteri jus prohibendi sit, antequam fiat; factum tollere socius non æque potest cogi, si alter prohibere supersederit; de damno equidem si quid datum sit, conveniri potest, *l. 28. h. t.* cum qua tamen confer *l. 26. de S. U. P.* Hinc parieti communi non licet immittere lumina, sine servitute, *l. 40. de S. U. P.* Sed quæsitum memini apud Curiam; Cum paries duorum vicinorum communis esset in confinio utriusque soli, alter partem latitudinis dimidiam, quæ super aream suam erat, altius sustulerat, quod alteri displicebat: Quærebatur, an hic prohibere posset. Non videtur; nam etsi lapides promiscue communes videantur, paries tamen magis est, ut singulorum sit pro parte, qua solum cujusque premit, *arg. §. 29. I. de A. R. D.* ideoque in sua parte cuilibet facere licet, quod alterius partem non faciat deteriorem, *l. 13. l. 19. & l. 36. de S. U. P.* Atque ita in illa specie judicatum fuit, *in causa appellationis inter Elkonem van der Hoef & Jarichium Valteri, ante vigiliam Quadrages. 1682.* Thomasius hunc articulum aliquot incommodis urget.

SCHOLIUM.

Hoc non dixerim. Nam 1. non videtur cohærere, Lapides indistincte esse communes, parietem vero pro parte, qua solum premit, esse singulorum. 2. Hæc assertio parum convenit cum l. 13. de S. U. P. 3. *Quod* arg. *§.* 29. Inst. de R. D. *attinet, dubito, an a solo alieno ad confinium valeat convenientia, quin potius arbor in confinio posita tota est communis, §.* 31. Inst. eod. tit. *cum alias ex Autoris hypothesi dimidia tantum pars arboris, & ea, quæ meum solum premit, mea esse debeat. Ex aliis igitur principiis judicatum istud defendi debebit, & forte ex* d. l. 13. de S. U. P. *id fieri poterit.*

RESPONSIO.

Prima objectio est captio in voce communes. *Dixi*

Dixi lapides indistincte videri communes, quia sic a fabris connectuntur, ut paries potius secundum latitudinem, quam secundum lapides separetur. Instantia ab arbore non valet, quæ non ex superficie, verum ex radicibus æstimatur. Murus est in superficie, in hoc igitur habet locum argum. a solo ad superficiem, qua de re vid. quæ dix. ad tit. I. de A. R. D. n. 27. *Argumentum* l. 13. *quod probat Thomasius, cum nostro conjungendum est.*

N. ADDIT.

I. Quomodo posset esse captio in voce communis, & quomodo explicatio illa de communione lapidum posset objectionem tollere? Lapides ideo communes sunt, non quia promiscue sunt a fabris connexi, sed, quia quæstio est de toto pariete communi. Si paries est pro parte illa, qua soluni premit, singulorum, tum totus non est communis. II. Ad secundam objectionem nihil respondet Autor, & ita tacendo fatetur. III. Ego quidem non dedi instantiam ab arbore: sed negavi, argumentum Autoris procedere a pari, & ostendi disparitatem: Atque adeo sententia hæc mea magis confirmatur per responsionem Autoris. IV. Dubito, an Autor senserit, quodnam argumentum ex d. l. 13. de S. U. P. *pro defendendo illo judicato formare voluerim. Scilicet id volui: In re communi quidem potior est conditio prohibentis, nisi quis re communi utatur cum in finem, ob quem est comparata, v.g. communi sepulcro ad sepeliendum, communi pariete ad superædificandum &c. Hoc argumentum vero, cum plane ex oppositis principiis desumtum sit, quam responsio Autoris, scilicet fundatum in natura rei communis, cum hæc sit desumta a natura proprietatis, non nisi inconcinne cum ista responsione jungetur.*

IV. Commune; Quod utrumque judicium non modo inter omnes simul, sed etiam inter pauciores e pluribus, ac ita sæpius accipi & exerceri possit, *l. 2. §. 4. Famil. ercisc. & l. 8. in pr. h. t.*

6. V. Communio, si quidquam aliud, est res liberæ facultatis, ad quam non modo nemo compellitur ineundam, verum nec ad continuandam, *l. 26. §. 4. D. de Condict. indeb. l. ult. C. Comm. divid.* Quod adeo verum est, ut nec pactum valeat, ne omnino divisio instituatur, *l. 14. §. 2. h. t.* nec ulla in æternum societas durabilis esse potest, *l. 70. Pro. soc.* Ratio redditur in *l. 77. §. 20. in fin. de Legat. 2.* quod Communio mater audiat discordiarum. Notum est Homericum illud, οὐκ ἀγαθὸν πολυκοιρανίη. Et ex Epigrammate versus:

Πλεῖσαι ἐπεὶ ἔριδες, μίση, ἐχθραί τε κρυφαῖαι,
Οἷς τύχη ἐν ξυνετῷ οἴκῳ καὶ δαιτὶ γενέσθαι.
Quippe frequens odium, lites, occulta simultas,
Communes agitare domus mensasque videtur.

Ad tempus valet pactum, *ne liceat e Communione recedere*, *d. l. 14. §. 2.* Quod cum ita sit, non video, qua ratione Mornacius ad *l. 26. de Cond. ind.* & Wissenbachius ad *h. t. n. 23.* laudare queant Boëtii sententiam *Qu. 87.* Quod etsi Pater communionem liberis ad certum tempus præcipiat, ea nihilominus ex justa causa dissolvi possit. Nec enim Patris voluntas minoris efficaciæ, quam conventio esse videtur. Utuntur *arg. l. 7. de Alim. legat.* ubi quædam dispositiones ad auctoritatem potius testatoris, quam præcepti necessitatem pertinere dicuntur; Auctoritate sensu proprio accepta vereque latina, quomodo apud Tacitum *jubendi potestas & suadendi auctoritas* opponuntur in *lib. de morib. German.* ubi de priscis Germanorum regibus. Verum est, posse communionem hoc modo heredibus commendari, ut fit in *l. Lucius. 78. in pr. ad SC. Trebell.* At si pater enixe prohibeat, intra certum tempus fieri divisionem rerum a se relictarum, difficile dictu est, id minus valere quam pactum. Si tamen longum tempus sit, cum hoc in Jure multos habeat effectus perpetuitatis, ut in *l. un. §. 3. D. de Superficieb.* ubi; ad *non modicum tempus;* non videtur esse dubium, quin talis communio bonis quoque moribus adversa habeatur: quoniam immensæ contentiones, ut ait *l. 26. de S. U. P.* plerumque faciunt, ut divisio inevitabilis sit. Quod tamen aliquando per consequentiam secus esse potest, ut si Testator fideicommissum rei singularis individuæ, quæ civiliter saltem dividi nequeat, proximis suis cognatis perpetuum reliquerit; Divisio institui non potest, tam ne posteris præjudicetur, quam quod domus sæpe non possunt separari. Nec ejus rei exempla desunt apud nos, magnificarum nobiliorumque familiarum domuum, quas hac ratione misere neglectas & in ruinas sedisse videmus, cum plures in eodem conjunctionis gradu ad jus fideicommissi concurrerent. At tamen ex Juris publici ratione, Principis hoc casu dispensatio de fideicommissis implorari posset; Licet hoc jus a nostris Ordinibus non usurpetur, bono forte majore tamen, quam incommodo publico.

7. Hinc oritur aliud Commune utriusque Judicii, quod Divisionis facultas nulla temporis præscriptione tollatur, ne quidem, si communio per centum annos duraverit, quia nunquam initium habere potuit præscriptio, quamdiu partes in communione manent: Ideoque frustra opponitur, omni juri & actioni XXX. annis præscribi, consequenter etiam huic juri divisionis & actionibus divisoriis, *l. 3. C. de Præscript. 30. ann.* Procedit hoc, si termini habiles præscriptionis adsint, quos inter est inprimis animus sibi soli habendi in possessore, qui deest, quamdiu partes volunt rem inter se esse communem. At si alter ex sociis rem solus possederit, suum solius eam esse palam præ se ferens, jam his actionibus, ut aliis omnibus, præscribi, dubium non est; idque volunt citati a D. Wissenbachio *ad h. t. n. 23.* At quo tempore finitur hæc præscriptio? Sunt personales hæ divisoriæ actiones, & sic habent XXX. annos, *l. 1. C. de Ann. Exc.* Si tamen partibus fere æqualibus coheredes aut socii res communes possederint, & separatim coluerint fructusque perceperint, decem annorum inter præsentes, & viginti inter absentes possessione, præsumi factam divisionem, volunt Gloss. *ad l. 4. C. Comm. utr. jud.* Bartolus, & alii, quos secuta est Curia nostra, apud Sand. *l. 4. tit. 11. def. 3.*

8. Hoc etiam Commune habet utraque actio, quod ad Præstationes personales attinet; de expensis in rem communem factis, ita demum his actionibus experiri licere, si res non tulerit, ut quisque seorsim pro se expensas collocaret; Nam si illa facultas adfuerit, volunt Juris auctores, negotiorum gestorum esse agendum; forte quod hæc actio sit expeditior, & ne judicia divisoria, satis alioquin intricata, pluribus quam sit necesse præstationibus, implicentur, *l. 6. §. 2. sub fin. h. t. l. 20. C. Fam. ercisc. l. 18. §. pen. D. eod. l. 78. §. pen. de Contr. empt.* Wissenbach. ad *h. t. th. 15.* Haud raro fit, ut hujus rei discretio, sitne communi dividundo, an negotiorum gestorum actio, notabilem usum habeat. & habuit in hac specie. Primus dederat hujusmodi chirographum; *Fateor, Secundum participare obligationem octo millium flor. quos debet Tertius, Instrumento in meum solius nomen facto, sed ita, ut dimidia pars ad quatuor millia sit periculo Secundi; & hæc obligatio nobis est communis, atque a me custoditur.* In solutum Primus acceperat quatuor millia, Secundus duo millia. Dein *Tertius* debitor erat mortuus, non solvendo. Primus suo nomine cum creditoribus cæteris, inconsulto Secundo, transegerat, ut de bis mille reliquis septingentos ipse cum usuris remitteret. Sic mille trecenti supererant, quos Secundo adsignabat accipiendos. Hic vero obligationem a Primo repetebat, & restitutionem damni, saltem pro parte dimidia. Primus, se accepisse quatuor millia pro sua parte dimidia: Partem alteram pro Secundo persecutum esse, ut negotiorum gestorum; de hac remissionem fuisse inevitabilem: nec se esse culpæ reum in eo, quod cuncti creditores etiam diligentissimi fecissent. Alter illum ut negotiorum gestorem egisse, negabat, sed communi nomine tanquam obligationis communis custodem egisse, & agere debuisse, contendebat. Quod etiam Curiæ visum est; non potuisse illum pro se solo accipere partem dimidiam, ubi nulla divisio facta erat: Quanquam in remissione nulla culpa ejus argui poterat. *Ergo* Ratione communionis, damnatus est primus ad damnum remissionis pro dimidia parte præstandum: ad quod ut negotiorum gestor non fuisset obligatus. In causa *Adrianæ Simonidæ, contra Gerardum Fortuin,* ante vigiliam Quadrages. 1681.

9. Utraque Divisio, tam Familiæ quam singularum rerum, fit vel sine judice, partium consensu, vel per judicem. Utroque modo vel præcedente Judicis sententia de divisione facienda, vel sine illa, mero liberoque consensu inde ab initio: nec enim, ut *supra* vidimus, condemnatio ad divisionem faciendam, pars est hujus judicii divisorii. Quando judex adhibetur, tum vel ejus interventu partes consensu divisionem perficiunt, quo sensu *arbiter* ille vocatur, vel judex ortum inter socios aut coheredes *Jurgium* sine sententia perimit, *l. ult. D. Famil. ercisc.* In usu fori nostri, & omnium puto, ubi jurisdictio est penes integra Collegia, quando his judiciis agitur, inde ab initio dari debet *Commissarius*, qui dicitur, aliquis e Collegio Judicum, qui partibus *arbitri* fungitur, ut socios auctoritate consilioque dirimat; si non potest, verum partes ad jurgia procedunt, ipse cum Judex solus non sit, ea decidere nequit; sed controversiæ ordinario more disceptantur atque in pleno Judicum Consessu dijudicandæ sunt, *ut fit.*

10. Hinc oritur ultimum Commune, quod in *Posit. ult.* his verbis collocavimus; *Utrobique* ob enormem læsionem, licet infra duplum, datur restitutio, si absque Judice res gesta sit; *secus si per judicem*, idque sive sententia sit dicta, sive judicis in-

interventu partes consenserint, *l. ult. ff. Fam. ercisc. l. 3. C. Comm. utr. jud.*

SCHOLIUM.

Dissent. Wissenb. h. t. th. 24. *quod nimirum* l. 3. Comm. utr. judic. *non sit intelligenda de læsione quavis, sed de enormi ultra duplum, quod probabilius, & moribus nostris etiam est receptum.* Vid. Carpzov. P. 2. const. 34. def. 11. & Part. 3. const. 15. def. 19. *Adde* Wissenbach. & Brunnem. ad d. l. 3. Cod. *Si enim a Judice divisio facta aut confirmata fuerit, ne quidem læsio ultra dimidium rescindetur.* Carpz. d. Part. 3. const. 15. def. 20.

RESPONSIO.

Wissenbachius sententiam a nobis positam, longe receptissimam in foro esse fatetur, laudatis auctoribus. Argumentum ejus in contrarium ex verbis d. l. 3. *recipit, hanc responsionem; quod Judicia divisoria inter socios, κατ' ἐξοχὴν* bonæ fidei *dicuntur, ob insigne studium æqualitatis in iis servandæ: unde ad cætera bonæ fidei judicia non valet consequentia, quasi in omnibus ex æquo talis rescissio locum habere deberet. Ne quidem si per sortem facta sit divisio, & enormis inæqualitas reperiatur, omnino rescissionem esse negandam, volunt Mornacius* ad l. 3. C. Com. utr. jud. *Sandius* l. 4. tit. 11. def. 1. *ex sententia Baldi & Castrensis, licet infra duplum: quam tamen sententiam Brunnemannus ad* d. l. 3. in fin. *veretur, multis litibus occasionem esse daturam.*

N. ADDIT.

Utraque interpretatio est in utramque partem disputabilis. Hinc elige, cui dicas, tu mihi sola places.

Tit. IV.

Ad Exhibendum.

I. Quid sit hac actio, & causa ejus. II. Quibus detur, & contra quos. III. Scopus & usus hujus actionis triplex. IV. Accessiones hujus actionis. V. An locum habere possit aliter, quam ante principalem actionem. VI. An & de rebus immobilibus obtineat.

Actionibus in rem subservit actio ad Exhibendum, cujus usum perquam esse necessarium, & vim ejus consistere in usu quotidiano, adserit Ulpianus in *l. 1. h. t.* quanquam hoc tempore minime quidem obsoleta, tamen adeo frequens in usu Fori esse non videatur. Facta est ejus mentio ad *tit. Inst. de Off. Jud. n. 9.* & definita, quod sit *Actio in rem scripta, quæ datur his, quorum interest, adversus quemlibet possessorem, ad hoc, ut detur illis copia rei videndæ & explorandæ.* Actiones in Rem scriptas esse personales, quæ in hoc imitentur Naturam actionum *in Rem*, quod dentur adversus quemlibet possessorem, dictum est alias, & constat ex *l. 9. §. ult. D. Quod met. c.* Talem autem esse hanc ad Exhibendum, ex æquitate profectam, patet ex *l. 3. §. 7. & ult. h. t.* ubi personalis dicitur, & in *§. 1. non ex dominio.* Quæ sit ejus causa positiva, præter *æquitatem ex re ipsa,* ut in *l. 32. de Reb. Cred.* nusquam est proditum; Sunt, qui ad quasi-contractum referunt; sed hi suo arbitratu numerum quasi-contractuum, ubi lex tacet, multiplicant, ut differit D. Thomasius ad *h. t. pos. 3.* ex Philosophia juris, quæ juris ipsius terminos egreditur.

N. ADDIT.

Hic primo ex Philosophia Juris, ad quam provocavi in Scholio, explicanda est mens mea, cur non solum actionem ad exhibendum, sed & aliam actionem, ad cujus exemplum hic provocat Autor, nempe actionem ex l. 32. de R. Cred. *revocem ad quasi-contractus. Est quidem locus prolixior paulo, sed cum tamen Autor sæpius hanc chordam tangat, adjuvabit eum hic inserere integrum. Ita vero dixeram in Philosophia Juris (quæ est inter dissert. Lipsienses tertia,) §. 124. seqq. Obligationes ex quasi-contractu quod concernit, paulo distinctius considerandum erit, quid sit quasi-contractus, & ex quo fundamento oriatur ejus obligatio. Tribonianus* pr. Inst. de obl. quæ quasi ex contractu nascuntur, *quasi-contractum magis describit, quid non sit, quam in quo ejus essentia consistat, qui titulus Institutionum, si cum* l. 5. pr. §. 1. 2. & 3. ff. de O. & A. *conferatur, patet, Tribonianum tum in definitione quasi-contractus, tum in recensendis ejus speciebus, Caji vestigia legisse, nisi quod inter quasi-contractus* §. 3. & 4. Inst. d. t. *referat communionem rerum singularum & universitatis, de quibus Cajus* d. l. 5. *ne γρῦ quidem memorat. Jam quia per descriptiones negativas rerum essentiæ non perfecte cognoscuntur, ideo solliciti fuerunt Commentatores, in naturam quasi-contractuum curatius*

tius inquirere, & definitionem aliam tradere. Reperies tamen apud singulos fere autores singulas definitiones, quarum quasdam hic recensebimus. Quasi-contractus sunt, ubi consensus de jure saltem intervenisse præsumitur. *Ita definit Franzk.* ad pr. Inst. de obl. quæ quasi ex contractu nasc. n. 1. Quasi-Contractus est ex Jure præsumpta conventio, qua mediante negotio aliquo, inter ignorantes etiam & invitos obligatio inducitur: *Verba sunt Strauchii* Diss. Justin. 15. th. 14. *Giphanius* ad d. pr. Inst. d. t. *dicit, esse* negotium quoddam sine ullo tractatu, sine conventione habitum, quod majorem cum contractu, quam maleficio, cognationem habet. *Ludwell.* Differt. ad Inst. 14. th. 5. *vult, esse* quasi-conventionem, cum ex facto aliquo actio producitur. *Biccius duplicem definitionem quasi-contractuum format* Aureorum sect. 4. th. 113. *simulque Vulteji & Boceri definitiones apponit. Nobis quemadmodum otium non superest, ut singulas hic examinemus, ita præprimis placet definitio Ulrici Huberi* ad d. t. Inst. de obl. quæ quasi ex contractu nascuntur, th. 1. *quod quasi-contractus sint* facta honesta, ex quibus *(id est quorum occasione)* sine conventione nascitur obligatio propter æquitatem. *Dico:* Facta honesta. *Nam in omnibus quasi-contractibus factum aliquod præsupponitur, honestum tamen, id est non injustum, alias ad maleficium vel quasi esset referendum. Dico:* sine conventione. *Conventio enim est duorum, vel plurium, in idem placitum consensus: Consensus autem est vel expressus, vel tacitus. Ille est, quando voluntatem suam contrahentes declarant per verba significantia. Hic est, quando contrahentes declarant voluntatem suam per facta directo tendentia ad hunc effectum, cujus respectu obligatio, vel etiam liberatio oritur. Hujusmodi factum est nutus,* arg. l. 4. §. 1. de pact. *item patientia, ut alter pro me fidejubeat,* l. 6. §. 2. l. 18. ff. mandati. *remansio in re conducta finita conductione, patientia ut alter finita locatione in re locata maneat,* l. 13. §. ult. locati. *redditio chirographi,* l. 2. §. 1. de pact. *acceptio usurarum futurarum,* l. 57. pr. ff. eod. l. 2. §. 6. de dol. mal. except. Feltm. de jure in re c. 30. §. 49. seqq. p. 473. *permissio, ut is, qui servitutem debet, in suo contra servitutis utilitatem quid faciat,* l. 8. pr. ff. quemadmodum servit. amitt. *perceptio usurarum minorum quam debebantur,* l. 13. pr. de usur. *Quod si ergo facta directo non tendunt ad certum aliquem finem, sed eorum varia possint reddi causæ, ex illis etiam factis nec consensus elici potest, nec directo obligatio oriri. Tale factum v. g. est redditio pignoris, quod non directo tendit ad remissionem debiti,* l. 3. ff. de pact. *Ejusmodi facta sunt etiam, quæ intercedunt in quasi-contractibus, nam si quis v. g. alterius negotium gerat, principaliter hujus facti causa finalis non ista est, ut velit obligari, sed potius, ut beneficium alteri exhibeat, vel etiam alia quæcunque, & forte spes lucelli cujusdam &c. Causa ergo proxima in quasi-contractibus obligationem inducens, non est* factum *ipsum, sed hoc potius est saltem causa, sine qua non. Inde dixi, quod saltem* horum occasione *nascatur obligatio, quæ etiam mens est Huberi ipsius* d. l. *Neque etiam* consensus tacitus; *per modo dicta, quibus accedit, quod consensus tacitus quandoque sit causa verorum contractuum,* vide exempla in §. 129. *quod item quasi-contractus etiam invitos obligent,* l. 2. ff. de cond. indeb. *& eos, qui alias non efficaciter, aut plane non consentire possunt, ut sunt pupillus, furiosus, &c.* l. 46. de O. & A. *Sed consensus a jure præsumtus, seu fictus, vel accuratius loquendo,* jus ipsum naturale, seu naturalis æquitas, *jure civili corroborata, (unde poterit ad obligationem realem positivam, immediate ex lege venientem,* supra §. 65. *referri.) Præsumit enim Lex civilis, cives consensuros esse, vel certe consentire debere, in id, quod naturalis æquitas dictitat. Et ita explica locutiones JCtorum, quando ex ipsa re in quasi-contractibus obligationem oriri,* l. 46. ff. de O. & A. *aut ex quasi-contractibus tacitam oriri obligationem,* l. 13. §. fin. ff. commod. *dicunt.* vide Feltm. de jure in re cap. 31. §. 1. & cap. 30. §. 54. 55. Huber. ad pr. Inst. de O. & A. th. 1. *Subest hæc æquitas satis aperte, v. g. (ut unico saltem exemplo rem declaremus,) in contractu negotiorum gestorum. Nam actio directa eo principio nititur, quod culpa negotiorum gestoris non debeat nocere absenti; contraria illo, quod nemini beneficium suum debeat esse damnosum; utraque communi isto, & quod in reliquis quasi-contractibus fere omnibus locum habet: neminem cum alterius damno fieri debere locupletiorem.* vide supra §. 65. *De speciebus quasi-contractuum, ex his præsuppositis facile judicari potest. Et quidem de negotiorum gestione, tutelæ administratione, hereditatis aditione, indebiti solutione, forte nullum restat dubium, cum Cajus* l. 5. ff. de O. & A. *satis aperte has species quasi ex Contractu venire, afferat. Cur autem Tribonianus* in Inst. §. 3. & 4. d. t.

d. t. *communionem rei singularis & hereditatis adjecerit, ideo factum, quia vidit, Cajum in* d. l. 5. *magis exempli causa quatuor ista prius nominata genera afferre, quam ut species quasi-contractuum determinaret: quæsivit igitur alia exempla, & forte incidit* in l. 22. §. 4. fam. ercisc. *item in* l. 25. §. 16. vers. fin. eadem. ff. eod. l. 23. pro soc. l. 46. ff. de O. & A. *in quibus cum videret actionem familiæ erciscundæ, & communi dividundo, ad actiones personales ex conventione præsumpta & æquitate oriundas referri, non putavit se peccare posse, si hæc exempla in primis elementis proponeret distinctius. Porro interpretes Institutionum nonnulli, cum viderent, rationem Triboniani, quam in delineandis quasi-contractuum speciebus suppeditat* pr. Inst. d. t. *& in aliis exemplis, ibidem non expressis, adhiberi posse, passim alias quasi-contractuum species recensuerunt, ex volumine Pandectarum desumptas, quas omnes hic apponere tempus non permittit. Videantur interim* Huber. & Voet. dd. ll. Strauch. exerc. 15. th. 14. Giphan. ad pr. Inst. de oblig. q. q. ex contr. n. p. m. 526. Bicc. in Aur. sect. 4. §. 114. seq. *Breviter: quoties actio datur ex jure ad rem oriunda, ubi tamen reus citra consensum suum, propter æquitatem, & præprimis ex regula illa, de qua* §. 65. & 134. *actum, non accedente facto proprio illicito, obligatur, toties die obligationem ex quasi-contractu oriri, per rationes allatas, secundum quas exempla* §. 122. *adducta facillime explicare poteris, & ad objectiones Feltmanni* de Jure in re cap. 32. §. 11. seqq. *non magno negotio respondere. Si vero melioris doctrinæ gratia quasi-contractus subdividere velis, triplici via id commode fieri poterit. Vel enim 1. secundum diversitatem factorum, quæ in omnibus quasi-contractibus præsupponuntur, dices: Factum adesse vel utriusque eorum, qui quasi ex contractu obligantur, vel alterius saltem, vel omnino tertii, (declarationem hujus divisionis pete ex* Voët. ad pr. Inst. de obl. quæ q. ex contr. n.) *aut ad instar verorum contractuum subdivides quasi-contractus, 2. in unilaterales & bilaterales,* (vid. Bicc. in tab. 5. ad res quotid.) *aut 3. in nominatos & innominatos. Nominati exemplum est negotiorum gestio, innominati v. g. unde oritur condictio causa data, causa non secuta, & condictio sine causa. His ita ex Philosophia juris præmissis, jam credo, Autorem non ita sinistre de doctrina nostra sensurum fuisse, si hanc Philosophiam nostram legisset. Facile enim doceri potest ex dictis, id quod Gajus appellavit quasi-contractus, id ab aliis JCtis fuisse dictum, quod obligatio ex re ipsa, ex æquitate, ex lege veniat; quæ adeo sibi invicem non sunt opponenda, sed coordinanda.*

2. *Datur his, quorum interest, l. 13. & l. 19. h. t. Peculiariter,* est in *d. l. 13.* hoc est, ex propria & solida causa, non ex generali prætextu *ejus quod intersit,* ut si quis petat, alienos sibi libros exhiberi, quo doctior inde fiat, *d. l. 19.*

SCHOLIUM.

Scilicet propter faciendam vindicationem, d. l. 3. §. 14. h. *Si enim alio modo intersit, vel plane non dabitur actio,* l. pen. hic, *vel saltem actio in factum, seu utilis,* d. l. 3. §. 13.

RESPONSIO.

Non modo propter vindicationem, sed & quamlibet restitutionem, dari hanc actionem, patet ex l. 3. §. 3. & seqq. *In factum actio datur ei, cui hoc jus, cujus gratia vult ad exhibendum agere, non competit; sed aliam æquitatis rationem habet, ut cum petere vult rationes suas, aut meditationes in charta aliena conscriptas. Dix. in* Part. I. lib. 2. tit. 1. n. 26.

N. ADDIT.

Est error elenchi. Satis diserte vindicationem hic non oppono aliis actionibus realibus, sed ubi aliter quam ex jure reali interest. Aliud est rei vindicatio, aliud vindicatio simpliciter: Uti actiones personales generali nomine condictiones vocantur, ita reales dicuntur vindicationes, §. 15. Inst. de act.

Sed ex patrimoniali causa, *pecuniarie,* ut legerunt aut exposuerunt *Basilici,* ὦ τινι χρηματικῶς διαφέρει, *cujus pecuniarie interest.* Unde multi in *d. l. 13.* pro *peculiariter,* legunt, *pecuniariter;* sensu optimo & auctoritate Basilica, ratione etiam suffragante, quod hoc verbum melius conveniat rationi reddendæ, quare ad liberum hominem exhibendum non detur hæc actio, *l. 3. §. 4. de Hom. lib. exhib.* Nam potest, ut videtur, ad exhibitionem liberi hominis, causa *peculiaris,* id est propria & specialis existere, *l. 12. h. t. pecuniaria* non potest. Quia vero & vox *peculiariter* de eo, quod ad patrimonium spectat, accipi potest, nec adeo necessitas cogit mutare lectionem Florentinam, satius est τὸ ἀκίνητον, *nihil ut emendetur. Adversus quemlibet possessorem,* ut dictum, eadem latitudine, qua Rei vindicatio, *l. 9. de R. V.* ut omnes, qui *restituendi facultatem habent,* etsi tantum sint in possessione, compre-

hendantur, etiam commodatarii, coloni, depositarii, creditoresque pignoratitii, *l. 3. §. ult.* cum *l. seq. h. t.*

3. *Ad hoc, ut detur illis copia rei videndæ & contrectandæ.* His verbis continetur scopus & usus actionis, qui est præparatorius actionum in rem, & quibus agitur ad rem restituendam, *d. l. 3. §. 2. h. t.* Præparatio illa duplicem habet usum: Primo si quis dubitet, an ea res, quam reus possidet, illa ipsa sit, de qua est agendum, ut si quis servum petere volens eum *non recognoscat, aut nomen non teneat, aut aliter nisi ex præsentibus, destinare* possit an vindicanda sit, *d. l. 3. §. 7.* Alter usus est; si res alii forte juncta per se vindicari nequeat, tum ad exhibendum agitur, ut ab illa re, cui est juncta, separetur, ac ita vindicetur, ut de gemma auro alieno, de sigillo candelabro incluso, traditur in *l. 6. h. t.*

4. Hic est duplex hujus actionis usus, & quidem ordinarius. Alius est extraordinarius, quo datur hæc actio in id quod interest adversus eum, qui dolo fecit quo minus exhibere possit, *l. 9. in pr. h. t.* Quo sensu de glandibus a suibus comestis, agitur ad exhibendum, *§. 1. d. l. 9.* & de tigno alieno mala fide suis ædibus juncto, *l. 1. §. ult. D. de Tign. junct.* de quo tamen negatur ad exhibendum agi posse, in *l. 6. h. t.* scilicet, cum effectu actualis exhibitionis, & separationis ab ædibus alienis, quam lex XII. Tabb. prohibuit, *d. l. 1. in pr.* Aliquando & is, qui sine dolo possidere desiit, damnatur in id quod interest, si in mora fuerit, nec res apud actorem æque peritura fuisset, *l. 12. §. 4. h. t.* Sed ob dolum locus fit jurijurando in litem, *l. 3. §. 2. h. t.*

5. Accedit Exhibitioni condemnatio in fructus, & in id quod interest, *§. 4. Inst. de Off. Jud. l. 9. §. pen. h. t.* scilicet de utilitatibus circa rem. Etenim si res ipsa deterior facta sit, non ad exhibendum, sed in factum, aut ex L. Aquilia agendum esse, placuit *l. 17. h. t. l. 7. C. eod. tit.* Qui post litem contestatam possidere cœpit, *l. 7. §. 4. & pen. h. t.* imo etiam heres rei, qui non possidebat, si post litem contestatam possidere cœperit, qua possessor, non ut heres, condemnandus est, *l. 8. h.* Nam heredi & in heredem, qua tali talemve, non dari hanc actionem, constat ex *l. 12. §. ult. h. t.* Quatenus sane locupletior factus est heres, eum teneri certum est, *d. §. ult.*

6. Ex his liquet, actionem hanc præparatoriam, ante principalem Restitutoriam esse movendam; *ei competit, qui in rem acturus est*, ait *l. 3. §. 3.* Post actionem principalem institutam, non posse locum habere, palam est. Quod tamen non adeo videtur universale, quin aliquando causa cognita, pendente lite, actionem ad Exhibendum permittere liceat, quatenus rationes prædicti usus, quem habet hæc actio, conveniant. Exemplum; Socer a vidua generi sui varias res, quæ filiæ fuissent, repetebat; inter alia lineam margaritarum, quam vidua negabat eandem esse cum ea, quam possidebat, sed verbis ambiguis: Socer petebat, ut quam possideret, eam apud Commissarium Curiæ exhiberet recognoscendam. Suspicione malæ fidei hoc impetravit causa cognita sententiaque lata, ante natales χρ. 1681. *in causa D. B. a S. contra J. a J.* Non potest hoc esse ordinarium; actor enim paratus esse debet, & priusquam agat, instructus. An etiam potest conjungi hæc actio cum principali? Videtur, si agendum sit ad separationem, ut res seorsim posita vindicetur; tum nihil obstat, quo minus sic agatur, ut Reus condemnetur, gemmam v. c. ab annulo separare, sibique domino declarato, restituere. Sed quando ad exhibendum, propter dubitationem Actoris, agendum est, non videtur rês ferre, prius ut agatur, quam id, quod cognitu ad actionem est necessarium, actione exhibendi sit præparatum; secundum ea, quæ de conjungendis actionibus dicta ad *tit. de Edendo n. 10.* De rebus immobilibus non posse dari hoc judicium, cum ipsæ per se pateant, res ipsa abunde loquitur. Vid. *l. 3. §. fin. l. 5. §. 1. & l. 6. h.*

SCHOLIUM.

Regulariter non dari, concedo, arg. l. 2. hic. l. 56. de Procur. *dari non posse, nego. Quid si enim mihi legatus sit fundus Cornelianus, quem ego, ubi situs sit, ignoro, heres vero scit?* Vide Eckholt. h. t. *Non obstat* d. l. 56. *Nam ibi proponitur regula; hic exceptio.*

RESPONSIO.

Magis est, ut hoc in ipsa legati actione contineatur; scilicet, ut heres condemnetur ad fundum legatum, ubicunque sit, præstandum; Actionem ad exhibendum ea gratia dari, ab Juris usu alienum videtur.

N. ADDIT.

Possem quidem regerere, me quoad usum juris Romani hic respexisse vel ad modum antiquum legandi per vindicationem, vel ad eum casum, si jure noviore, etiam in aliis legandi modis quis velit rei vindicationem instituere. Sed malo tamen, ut jam totum Scholium expungatur, cum casus,

sus, qui ibi supponitur, vix sit moraliter dabilis. Cæterum quod a juris usu non sit alienum, rem immobilem, quamvis ficto modo, per glebam in jure exhiberi, docebit Cicero pro Murena *& Gellius* L. 5. c. 19.

LIB. XL

Tit. I.

De Interrogationibus in Jure faciendis.

I. Interrogatorias actiones præcipue in personalibus, aliquando & in realibus habere locum. II. Quid sint, nec esse proprias actionum species. III. Hodie neminem extra litem contest. de jure suo respondere teneri. IV. Quando, & quomodo hæ interrogationes hodie instituantur. V. Interrogationes non debere esse de novis factis, quorum antea nulla mentio sit habita. VI. Per contumaciam interrogatos pro confessis haberi. VII. Quid juris, si Actor non adsit, cum proponendæ sunt. VIII. Posse illas fieri quovis tempore, usque ad sententiam. IX. Regulæ Juris de illis. X. De interrogationibus a Judice factis.

QVem usum habet actio ad Exhibendum in Rei vindicationibus, eundem Interrogatoriæ Actiones fere præbent in Judiciis personalibus, ut, quoties Actor rei qualitates, sine quarum notitia formulam agendi concipere non poterat, ignoraret, jus ipsi esset, Reum de qualitatibus illis interrogare, etiam *ante judicium*, quod hæc verba, IN JURE, significant, ut ex *l. 1. §. 1. h. t.* & ex iis, quæ dicta sunt *ad tit. de Judiciis n. 17.* intelligitur; apud Magistratus vel Judices, qui Tribunal habent, *ἐν βήματι*, ut Græci, *l. 4. §. 10. h. t.* Dicuntur autem interrogationes tunc esse necessariæ, cum in personam est actio, *l. 1. in pr. h. t.* quod tamen ex eorum genere, quæ ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον, ut plurimum, non semper, obtinent, esse videtur: vel dicendum, necessarias esse interrogationes in personalibus, ob rationem in *d. l. 1.* redditam; ne plus petendo causa quis cadat; in actionibus autem realibus idem utile esse aliquando. Certe etiam in actionibus in rem, factas fuisse interrogationes, arguit *lex 11. C. de Heredit. petit.* ubi Reus, utrum pro herede, an pro possessore possideat, respondere debet, non etiam quota ex parte heres sit; hoc enim de personali actore traditur in *l. 6. §. 1. h.* Cum etiam in Rei vindicatione sit præcognitu necessarium, an Reus possideat, non videtur esse dubium, quin respondere debuerit interrogatus, utrum possideret, an secus, *l. 36. & l ult. de R. V.* & aliquando etiam quota ex parte possideat, *l. 20. §. 1. h. t.* ad quod regulariter non tenetur, *l. 73. de R. V.* Diss. Struv. *ad h. t. n. 41.*

2. Quid ergo sunt Interrogatoriæ actiones? *Sunt cujusvis generis actiones, munitæ responsionibus adversariorum, ante litem contestatam factæ.* Ergo non sunt distinctæ actionum species. Verum adjectitiæ tantum qualitates aliarum actionum. Hinc, qui in *Jure* interrogatus; suane sit quadrupes? respondit, non esse suam, teneri dicitur in solidum eadem actione quadrupedaria, *l. 1. §. 15. Si Quadrup. paup.* Nec obstat, quod in *l. 11. §. 2. h. t.* scriptum est, eum, *qui interrogatus responderit, sic teneri, quasi ex contractu.* Nam etsi interrogatio & responsio speciem quasi-contractus facere posse videantur; heic tamen nihil quam accessionem principalis actionis exhibent; Tenetur, ait textus, quasi e contractu, *pro quo pulsabitur*, id est, ex quo paratur actio, non ex alio diversi generis contractu.

3. Verum enimvero interrogatoriis actionibus hodie non utimur, habetur in *l. 1. §. 1. h. t.* Quæ verba non esse Callistrati, sed Triboniani interpolantis, facile persuadet D. Wissenbach. *emblem. Tribon. ad hanc l.* Simul evidens est ejus, quod ad *tit. de Orig. Jur. p. 523.* observavimus, exemplum hac in re; quod in Pandectas non pauca sint relata, quæ tempore compositionis erant abolita, vel desuetudine inumbrata; quemadmodum de his interrogationibus in *d. l. 1. §. 1.* habetur, *eas minus frequentari & abiisse in desuetudinem.* Cujus rei præcipua ratio hæc esse videtur; Si quis plus minusve peteret, aut vitii aliquid in formula petendi committeret, is omni causa cadebat, *§. Si quis agens. 33. I. de Action.* Deinde vero sublatis formulis, & solennibus actionum impetrationibus, in *tit. C. de formul. & impetr. subl.* si quid erratum esset, salva ejusdem judicii instantia,

poterat emendari, *§. 34. & sequ. eod. tit. I. de Action.* Atqui ita deinceps nulla causa fuit, quamobrem aliquis ante judicium litemque contestatam de jure suo respondere cogeretur; quod non esse juris, adfirmatur in eadem *l. 1. §. 1.* Hoc igitur hodieque verissimum est, neminem ante litem contestatam de Jure suo quicquam respondere cogendum; quod operæ pretium est observari contra vulgi opinionem, quæ nonnullis locis fere in praxin abiit, ut aliquis de lite movenda cogitans, futurum adversarium, aut testes, vocet ad Magistratum, ubi respondeant ad articulos interrogationum, quos vocant *Præparatorios.* Nihil certius est, quam ad hoc neminem teneri, nec Magistratus officii sui partes ad cogendum hactenus ullo modo interponere debet; quod cum aliquando in civitate quadam Frisiæ contigisset, a Curia suprema memini fuisse improbatum, & rescissum.

4. Postquam igitur placuit, ante litem contestatam neminem teneri ad respondendum, alius interrogationum mos invaluit, in usum probationum, quem indicat *d. l. 1. §. 1.* Nam quæ hoc modo ex *adversa parte expressa fuerint apud judices*, non egent ulterioris probationis, *d. l. §. 1.* Gail. *1.obs.82.n.7.* Harum usus in plerisque Judiciis hodiernis est frequentissimus, etsi non desint etiam, ubi nullus, aut rarus earum usus existit, ut de Batavis & vicinis testatur Grœnewegins *ad pr. h. t.* etsi legibus institutum illarum esse præscriptum, idem testetur. De Saxonibus ita Thomasius.

SCHOLIUM.

Quamvis de Jure Saxonico usus interrogationum fere sit exiguus, solet tamen apud nos, v.g. in concursu creditorum, Judex ad instantiam partium, si debitor durante processu moriatur, heredibus ejus imponere, ut se declarent, an velint heredes esse, vel non.

Apud nos in usu adsiduo ac quotidiano sunt: & hoc modo exercentur. Post litem contestatam, non prius, ut habetur in *d. l. 1. §. 1.* Actor petere potest a Judice, ut Reus ad interrogata sua respondeat, in quem finem *delegatio* decernitur, in aliquem ex Judicum collegio, ut hodie res sunt, quæ in nostro foro, κατ᾽ ἐξοχὴν vocatur, *Commissio post litem contestatam.* Attamen hæc petitio ab Actore ultro facta, interrogationum causa, rarior est; nec temere fit, nisi quando petitor in mora periculum esse putat; plerumque partes expectant, dum Judex interlocutione sua, post disceptationem juris & facti, causam probationibus deleget; Tum qui probandum aliquid habent, intentionis suæ factique merita certis positionibus, (an hæ ab articulis differant, vid. Gail. *1. 79. apr.*) complectuntur, easque judici offerunt, ut secundum eas adversarius interrogetur, præstito utrimque juramento calumniæ; quod olim initio litis, ante contestationem præstari solitum, in hunc locum usumque redactum est, ut diximus ad *tit. Inst. de pœn. tem. litig. n. 2.* Non est hoc juramentum veritatis, sed opinionis; qua ratione fieri potest, ut positiones utrimque contrariæ, sine alterius perjurio adfirmentur aut negentur, ut tamen, si quis sciens fefellisse deprehendatur, mulctæ pœnæve subjiciatur; quod Sandius exemplo rei judicatæ confirmat, *l. 1. tit. 9. def. 2.* Et cum hæc res ad secreta animi cujusque pertineat, si pater nomine filii, maritus de facto uxoris, Curator de facto adolescentis interroget, aut interrogetur, ipsi, de quorum conscientia quæritur, quatenus jurandi capaces sunt, ad hoc præstandum tenentur, *d. tit. 9. def. 3.* Si qui ad jurandum inidonei sint, pro his Curatores admitti, moris & necessitatis est.

5. Cum autem hæ interrogationes, Causæ, de qua litis contestatio & disceptatio facta est, inserviant, quo inter se omnia conveniant, non est faciendum, ut in illis nova facta, quorum in disceptatione prævia nullam fecere mentionem, inserant, quod nostris *Statutis* expressum legitur, in *lib. 3. tit. 18. art. 9. & 10.* Proinde, si cui talia proponantur, is ea silentio excipere potest. Sed quæsitum est, si adversarius ad ejusmodi nova facta, quæ transmittere posset, responderit, an judex eorum in judicando rationem habere possit. Exemplum hujusmodi erat; Filius hereditatem maternam aditurus, beneficium inventarii petebat; cui petitioni se Creditores opponebant, allegatis diversis facti rationibus, e quibus constaret, filium se miscuisse hereditati, quorum in secutis interrogationibus nullam speciem posuerant, verum in his alia omnia; & hæc ipsa filius tamen confessus erat: Si hæc pro non positis haberentur, erant actores repellendi; si admitterentur ea facta, filius erat condemnandus. Judicatum est, non posse transmitti a judicibus, quæ pars adversa, cujus intererat, agnovisset. Ait quidem Lex, Judicem non posse talium factorum, etsi probatorum, habere rationem, quasi posita non essent; verum Confessione secuta, adver-

versarius concedere, jurique suo renunciasse videtur, ac ita Senatus censuit, in causa *Tiberii Piersma cum soc.* contra *W. Groen, ante festum Omnium Sanctorum 1679.*

6. Quando se non sistit adversarius ad respondendum, accusatur de contumacia; tum denuo, tertiumque citatur, atque ubi toties accusatus fuerit, interrogationes habentur pro confessis, quod in Curia Suprema post alteram contumaciam decernitur. Nec tantum adversus absentes, sed etiam contra præsentes, qui jurare calumniæ causa recusant, ut fit aliquando adversus *Mennonitas;* quorum aliquos hac occasione non leves causas perdidisse, vidimus. Nec tamen hæc ficta confessio tam valida est, quam vera & actualis esse debet ac solet; quin adhuc probatio ab eo, qui tale decretum de positionibus pro confessis habendis contra partem adversam impetraverit, exigi possit, ut a Curia Suprema judicatum refert Nauta, Decis. 125. in causa *N. Polman contra Johannem Coumans, d. 8. Junii 1643.* quod non abhorret ab iis, quæ Gailius hac de re scribit in *lib. 1. Observ. 80. n. 5.* meoque tempore scio, per sententiam, permissum fuisse Reo nobili, cujus præjudicio interrogationes adversarii pro confessis habitæ fuerant, illas ipsas reprobatoriis mediis refellere, *ante ferias natalitias 1679.*

7. Quid si Actor, qui Reum ad interrogationes citavit, ipse non compareat, Reus vero adsit, an hic petere potest, Judicium circumduci seque absolvi ab instantia, secundum *l. 73. §. 1. & sequ. de Judic.?* Juris ratio non abhorret, cum, quia circumductionem, de qua in *d. l. 73.* post litem contestatam committi satis constat; tum, quia, cum Reus per absentiam confessione præsumpta perdat causam, Actorem instantia mulctari, æquissimum videtur. In nostro tamen foro magis hoc non esse receptum aut usitatum, quam improbatum, videtur. Mos impetrandi circumductionem instantiæ cognitus in principio litis, non æque post contestationem frequentatur. Nescio, an plusquam in id quod interest, impensasque refundendas, agi possit: etsi minus id ab iniquitate, respectu Rei, cujus alioqui causa favorabilior est, abesse videatur.

8. Positio interrogationum ita statim a lite contestata, sed maxime post judicis interlocutionem fieri solet, ut dictum; Verum tamen & alias, *ubicunque judicem æquitas moverit*, permittere potest, ut fiant interrogationes, adeoque etiam post conclusionem in causa, tam a Reo, quam ab Actore, *l. penult. h. t.* quam *Legem* non de vetustis interrogationibus, sed de probatoriis post litem contestatam factis agere, palam est; idque in usu Fori nostri quotidianum est admittere; sed tamen ita, ut Judicis officium sit, animadvertere, ne prætextu interrogationum pronunciatio sententiæ eludatur; ideoque rationes, quæ necessarias arguant interrogationes, nec prius illas fieri potuisse, probent, sunt exigendæ; alioqui petitionem interrogationum post conclusionem causæ recte negabit, ut factum a Curia, cum alias, tum *in causa Nijsiæ Nicolai contra heredes Annæ Thomæ*, ante ferias Caniculares 1681. Prudenter etiam consulunt, qui suspicantur, adversarium adhuc interrogationes propositurum, si per libellum petant, ut adversa pars, si quas habeat interrogationes, intra certum tempus eas exequatur, alioqui curia ex his, quæ apud acta sunt, ferat sententiam; secundum quam petitionem ordinarium est rescribi.

9. Cæterum, etsi interrogationes istæ probatoriæ, ab iis, quæ olim in Jure fiebant, usu modoque proponendi diversæ sint, regulæ tamen, quæ in hoc titulo de illis traduntur, cum nostris sunt communes, quarum præcipuæ sunt hæ; Interrogatus respondere debet, nisi justam recusandi causam habeat; qualis est, si in alia causa sibi responsione præjudicaret, ut exemplum est in *l. 6. §. 1. h. t.* aut si quid nimis curiosum pudendumve proponatur; ad quæ merito dixerit, non teneri se ad respondendum, ut fit; de propriis factis nota est formula respondendi per verbum *credit*, vel *non credit*; non simpliciter, ajo, nego, quia non sunt responsa veritatis *in re*, sed opinionis *in se*, ut loqui sic liceat. De factis alienis, ad causam pertinentibus, probatum est verbum *Nescit;* etiam de propriis antiquis, & quorum probabilis ignorantia est. Sed de factis ad alios aliasque causas spectantibus, responsum abrupte negare licet, *l. 9. §. 3. h. t.* potest etiam de suis factis ex causa, Reus petere tempus deliberandi, *l. 5. h.* Si quis generalius, aut dubie respondeat, iterum examinari potest, *l. 9. §. 6.* ubi, *plenius responderi jubeat :* estque judicis, ejusmodi elusiones præcidere, & urgere simplicia responsa. Qui tacuit, cum tacendi causam non haberet, aut ambigua respondit, pro confesso habetur, *l. 4. in pr. & l. 11. §. 4. h. t.* Si quis mentitus sit, mendacium contra eum vertitur; nunquam prodest; ita ut si heres ex quadrante, se dixerit heredem ex asse, Creditoribus ex asse teneatur, & qui ex semisse heres, dixit, ex quadrante,

 dissato

difflato mendacio, pro semisse conveniatur, *d. l. 4. l. 11. §. 2. 3. & seqq. h. t.* quam pœnam exolevisse, narrat Grœnewegius *ad d. l. 11. §. 3. h.* laudato etiam auctore Sandio *l. 2. tit. 9. def. 2.* qui pro arbitrio quidem judicis mulctari perjurium refert; Sed hoc nihil prohibet, istam pœnam, si quando usus veniat, usurpari: Licet exempla mihi non constent, rem tamen æquissimam apud nos abolitam esse, adfirmare non ausim. Nec tamen adeo peremptoriæ sunt hæ Confessiones, quin justus error excusetur, *§. 10. d. l. 11.* deturque fine captione regressus ad pœnitentiam; quod maxime dicendum, si captiosa, aut obscura, vel peregrina sint verba; quomodo mulierem agricolam meminì excusatam a Curia, quod interrogata, num esset heres *ab intestato*,(hæc ipsa verba latina fuerant in positione,) responderat, *credit*; etsi notissimum esset, eam se abstinuisse Patris hereditate. Admissa est ejus purgatio, quod putasset, ea verba ad jus naturalis cognitionis pertinere. Denique, nunquam aliter, quam si juri atque naturæ negotii sit consentanea responsio, fidem ei par est haberi, *l. 14. in fin. h. t.* Postremo sciendum, Interrogationes & responsiones hactenus sese ut quasi contractus habere, quod nec ad tertium, nec ad aliam quoque litem pertineant, *l. ult. h. t.* nisi, ut aliquando fit, inter partes ita convenerit, ut responsiones in uno judicio factæ, valeant in alio simili, quatenus id natura negotiorum ferre queat. Alium quoque alii respondendo non præjudicare, ne defensorem quidem ei, pro quo intervenit, aut filium Patri, pro quo agit, habetur in *l. 9. §. 4. & l. 19. h. t.*

10. Hactenus de interrogationibus partium inter se. Dantur etiam interrogationes Judicum, de rebus ad merita decisionum spectantibus, quibus partes supersederunt, quatenus sæpe fit, ut nec ipsi litigantes, nec advocati satis animum adverterint, in quibus articulis cardo negotii vertatur. Has interrogationes facere potest Judex quovis tempore, etiam sane post conclusionem causæ, quo pertinet dictum, *Judici nunquam in causa concludi, cap. X. sub fin. X. de fide instrum.* sæpe quidem per modum examinis & colloquii, aliquando per interlocutionem solennem; qua Judex declaret, se causam non invenire in eo statu, ut peremptorie definiri possit, ideoque se litigantibus ex officio præscripturum esse quasdam interrogationes, ad quas & ipsis respondendum, & probationes faciendæ sint, quæ vulgo in Foro nostro *puncta officii* vocantur, de quibus Gail. 1. *observat. 79. & 95.* Schotan. *Exam. ad h. t.* & nos in *Jurispr. hodiern. part. 2. lib. 2. cap. 33. n. 5. & seqq.*

Tit. II.

De quibus rebus ad eundem Judicem eatur.

I. Continuatio, & quibus ex causis hæc Rubrica committatur. II. Definitio Reconventionis, & differentia a compensatione. III. Non habet locum in Executione, imploratione judicis officii, nec in criminibus, quod tamen limitatur. IV. Reconventum non posse uti Privilegio Fori. Quatenus Tutores & Procuratores reconveniri possint. V. Quo tempore facienda reconventio. VI. In quibus rebus cesset Reconventio; cessare in possessoriis & summariis Reconventionem ordinariam. VII. Non cessare in summariis & possessoriis ejusdem generis Reconventionem. VIII. Reum non posse apud alium conveniri, pendente priore judicio. IX. Regulariter utramque petitionem absolvi, non tamen semper. X. CONTINENTIA Causæ quotuplex, ubi sunt eædem actiones. XI. Etiam in diversis, sed quæ separari nequeunt. XII. An necessitas veniendi ad eundem judicem ad exteros pertineat. XIII. Quis sit Judex communis, & an Judici inferiori competat jus hujus Rubricæ. XIV. De adjunctis alienarum litium. XV. De submissione aliquot observationes & res judicatæ. Idem XVI. XVII. XVIII. XIX. XX. XXI.

SUb finem tituli de *Judiciis*, aliquot numero causas, e quibus forum incompetens fiat *Competens*, ut vocant, recensuimus. Plures ad hujus rubricæ enarrationem remisimus, quæ proinde licet paucis a Justiniano transmittatur, nobis ampliorem dicendi materiam suppeditat: Agendum enim de Reconventione, de connexione rerum, diversitate Jurisdictionum, & si quæ res illuc præterea spectant. Primo, per Reconventionem fit, ut litigantes diversis Jurisdictionibus subjecti ab eodem

eodem Judice tractentur, eoque nunc instituto nihil est frequentius in omnibus foris Europæ, exceptis Saxonicis. *

2. Definiri potest RECONVENTIO, quod sit *Reciproca Actio, per quam Reus actorem apud suum*(Rei) *judicem, de alia causa convenire potest, contrahendi lites gratia.* Genus est, *Actio reciproca*, *l. 11. §. 1. D. de Jurisdict.* Mutuam petitionem alii vocant, ex *l. 1. §. ult. D. de Extraord. cognit.* eodem sensu; verum quia compensatio dicitur etiam *mutua petitio*, in *l. 6. C. de Compensat.* nos reciprocam actionem appellare maluimus, quam videri confundere, quod nimis in proclivi est, compensationem cum Reconventione. Quæ inter hæc est summa differentia? Compensatio fit *ipso jure*, non per actionem, vel exceptionem, ita ut effectum habeat, antequam in judicio sit opposita, *l. 4. D. & C. de Compens.* Reconventio est Actio, quæ non opposita nihil est, nec antequam opponatur, quicquam operari potest. Inde est, quod compensatio tantum fit de rebus fungibilibus, quarum una prompte alterius vice *fungi* potest, absque inæqualitate vel affectione ficut etiam de liquidis non controversis debitis. Reconventio fit de quibuslibet rebus, corporalibus, incorporalibus, liquidis aut controversis indistincte.

3. Porro exinde, quod Reconventio est ACTIO reciproca, sequitur, Reconventioni non esse locum in executione, probante Sandio *lib. 1. tit. 6. def. 2.* nec etiam in simplici imploratione Judicis officii, ut idem probat in *defin. seq.* modo non fiat imploratio per modum actionis, ut in *l. 1. §. ult. de Extraord. cognit.* & sæpe alias fit.

QVA REUS. Reum actore magis esse favorabilem, docet regula juris in *l. 125. de R. J.* etiam hac in re, modo non sit reus criminis; nam hic purgare se debet, nec ante potest accusare, quam fuerit excusatus; nec enim relatione criminum, sed innocentia Reus se purgare debet, *l. 5. in pr. ff. de Publ. jud. l. 1. & l. 19. C. de his, qui accus. non poss.* ut interea tamen inscriptiones accusati, adversus accusatores suos post absolutionem suam peragendas, deponere possint, *l. 19. C. de his, qui accus. non poss.* Hactenus respectu criminis, aut minoris, aut paris, *d. l. 19.* Si vero qui prior inscripsit in crimen levius adversus alterum, de graviore crimine mox accusetur, hic, prior ad respondendum tenetur, *l. 1. C. eod. tit.*

4. Cæterum, Actor vice mutua conventus, reum denuo convenire non potest, quia nec eodem favore quo Reus excipitur, nec res abire debet in confusionem, Speculat. *tit. de Reconv. §. nunc. n. 13.* Ideo dicitur ACTOREM. Qui me convenit apud meum Judicem, hic, si alia actione mihi sit obnoxius, eundem judicem pati debet, quem ipsemet eligendo agnovit & probavit, ideoque vice mutua conventus, non habet exceptionem declinatoriam, nec judicis suspecti, quamvis alioquin habiturus, *l. 22. de Judic. l. 14. in fin. C. de Sent.* a qua generalitate non excipiuntur Studiosi in *Auth. Habita. C. Ne Fil. pro Patre.* quin ipse conveniens oppidanum apud suos Magistratus, apud eundem vicissim conventus, respondere debeat, ut solide probat Thomasius ad Strauch. *dissert. 24. th. 10. pag. 356.* De moribus in contrarium idem non liquere probat: nec apud nos existimo secus esse receptum. In clericis idem juris & moris esse, testantur Mynsing. *2. obs. 76.* Gail. *1. obs. 37.* Sed actorem oportet esse, qui suo nomine conveniatur; alieno nomine agentes, de propria causa reconveniri non possunt, veluti Tutores, Curatores, Procuratores, actores universitatum, & similes, nomine suorum pupillorum & mandantium agentes, de suis debitis eodem judicio respondere non coguntur, ne causæ eorum, quibus præsunt, retardentur, Berlich. *concl. pract. part. 1. concl. 22. n. 12. & 13.* Carpz. *def. for. part. 1. const. 7. def. 6.* Sed eosdem pro suis pupillis & mandatoribus reconventionem suscipere cogi, res ipsa loquitur, & jam diximus *ad Tit. de Procurat. n. 5. vers. porro.* APUD SUUM JUDICEM, sive ille judex sit Reo competens, sive etiam incompetens, cui se reus tacite submiserit, non opponendo exceptionem declinatoriam; sed adversarium illic vice mutua conveniendo; qua re facta, uterque se judicio submisisse videtur, nec ullum, actoris aut rei, privilegium fori impedit jurisdictionem, ut modo diximus, & probat Faber *lib. 3. C. tit. 1. def. 11. & 39.* nisi obstet *Auth. Et Consequenter d. tit. C. de Sent.* verbis, *nisi apud eundem judicem, qui si displiceat, intra dies XX.*

* Quod non ita abscisse intelligas, ac si Reconventioni in nostris foris nullus sit locus, sed quod non sit ejus usus in iis causis, ut noster infra § 6. ipse loquitur, quorum motus reciprocus judiciis confusionem inferre potest. Confer. notata supra *p. 714.*

recusa-

recusari potest; Sed ex collatione *Nov. 96. c. 2.* patet, hæc verba tantum ad reum conventum, non ad actorem pertinere reconventum.

5. Porro ita fit apud Rei judicem Reconventio, ut non distinguatur in legibus, quo tempore sit instituenda, *d. l. 11. §. 1. & d. l. 14.* Accursius tamen, Azo, Baldus, & Sichardus in *d. Auth. Consequenter.* eam fieri debere statuunt ante, vel paulo post litem contestatam, quos sequitur D. Matthæus *disp. 3. de Judic. th. 23.* & ante litem contestatam præcise, A Fab. *lib. 3. Cod. tit. 2. def. 24.* quod, nisi intelligat *ante* pro *juxta* litem contestatam, quid sibi velit, nescio; nam qui *excipit* nec ad conventionem respondet, quod est litem contestari, vice mutua nequaquam convenire potest. Ideo veriorem puto Bartoli in *ead. Auth.* sententiam, distinguentem inter effectus reconventionis; ut si Reconventio fiat juxta litis contestationem, tum pari passu cum ipsa conventione procedat; si vero fiat aliquamdiu post litis contestationem, tum Actoris conventio Reconventionem exspectare non debeat, ut tradit Christin. *ad LL. Mechlin. lib. 1. art. 24. n. 2. 3. 4. & seqq. & vol. 1. decis. 280. n. 1. & seqq.* Quam sententiam refert approbatam a Curia nostra, Gajus Nauta in *Decis. MS. 135.* Reus in duplicatione Reconventionem instituerat, postquam Actor in Replicatione jam concluserat, *nisi causam, &c.* & Reum semel jam de non facta duplicatione accusaverat; dixit, se non teneri ad sustinendam reconventionem: sed rejecta est oppositio, hac lege, ne Conventio per Reconventionem retardaretur, *in causa Ruardi Abbema contra Poppium Bootsma, 14. Octobr. 1643.* Cæterum, si Accursius suum *paulo post litem contestatam*, ita interpretetur, *ante productiones testium*, vix est ut ea sententia discrepet a ratione Juris & ab usu Fori: quia vix est, ut Reconventio post interlocutionem ad probandum, sine confusione possit admitti, nec ejus ullum credo exemplum dari. Sed etiam Baldi & Jasonis sententia recte se habebit, qui post juramentum calumniæ præstitum, negant Reconventioni esse locum: si modo juramentum illud eo tempore, quo apud nos in usu est, interponatur; scilicet, cum interrogationes in judicio fiunt a partibus, quæ non nisi post interlocutionem probandi causa factam usurpantur. Nam etsi submissio tacita, quam Actor, eligendo judicem, fecisse videtur, usque ad finem litis durat, Reconventio tamen post disceptationem partium & interlocutionem Judicis, vix civilem videtur habere facultatem A. Matth. *d. Disp. 7. th. 24.*

6. DE ALIA CAUSA. Sine distinctione, qualis sit actio, in rem aut in personam, pœnalis an rei persecutoria, bonæ fidei an stricti juris; non tamen, si criminalis sit, ut modo diximus, & latius videri potest A. Matthæus *de crimin. lib. 48. tit. 13. c. 10. pag. 169.* Nam debet etiam esse talis actio, cujus motus reciprocus judiciis confusionem inferre queat; Quæ res effecit, ut jure Saxoniæ valde in arctum redacta sit Reconventio, qua de re Thomasius ad *pos. 7.*

SCHOLIUM.

Quæ jure Saxonico recepta est reconventio, hoc peculiare habet, quod instituatur in causis saltem connexis, & finita demum conventione, Carpzov. Proc. tit. 6. art. 3.

Apud Saxones igitur sola spectatur tacita submissio, per quam Actor eum judicem, ad quem Reum vocavit, elegisse videtur; at tum nullum fit litigandi compendium, quod inprimis Legislator Romanus spectavit. Nec tamen ita compendio studendum, ut confusio inde oriatur, quæ lites intricaret, & longiores redderet: unde cessat in executione, quod diximus, cessat in appellatione, si omissa sit in prima instantia, Sand. *lib. 1. tit. 6. def. 1.* Cessat in judicio possessorio, nisi Reconventio sit ejusdem generis, & æque summaria.

SCHOLIUM.

Textum hic potissimum desidero. Jure Saxonico vero omnino reconventio Petitoria in possessorio, non solum potest institui, sed etiam debet. Vid. supra not. tit. Inst. de Interd. *posit.* ult.

RESPONSIO.

Argumentum, opinor, textus sufficit. Hoc autem est, quod Possessoria causa celeriter sunt terminanda, l. un. C. si de moment. poss. c. dispendia. de Refer. in 6. arg. l. 21. de reb. cred. *iisque sua celeritas expeditionis per Reconventionem longioris processus adimi non debeat, quod esset directe Reconventionis introductæ rationi contrarium. Altera est ratio, quod possessorium præcedere debet Judicium petitorium,* l. 3. C. de Judic. l. 13. C. de R. V. *Conventio autem & Reconventio debent ita esse comparatæ, ut pari passu procedere & terminari possint, nec petitorium judicium rei vindicationis fundari potest, nisi de possessione constet,* l. ult. de R. V. *Dix.* ad tit. de Rei Vind. n. 3. in fin.

N. ADDIT.

Facile jam inter nos pax est, postquam Autor mentem

mentem suam etiam per argumenta textuum explicavit.

His rationibus in nostra Curia rectissime institutum est, ne contra possessorium judicium Reconventio Petitoria instituatur, etsi directe contra praxin Saxonicam. Atque ita in contradictorio placuit Senatui, in causa *Annæ Catharinæ Gerardi cum sociis Excipientis, contra liberos & heredes Jarichii Gerardi Excepta, 1.Maji 1678.* iterumque nostra memoria, *inter A. L. & S. A. super prædio Aelsumanc apud Doccumium.*

7. Hinc etiam capit interpretationem aut correctionem, nisi fallor, quod vulgo negatur in possessoriis & summariis habere locum reconventio, Specul. *2. part. 1. tit. de Reconv. §. nunc videamus. n.5. & 11.* A.Matthæ. *disp. 8. de Judic. th. 28.* Non habet locum in summariis Reconventio Processus ordinarii, vel talis, per quam summaria conventio retardaretur; sed quo minus æque summaria pari passu admittatur, nihil impedimento, imo sæpe necessarium est. Quid enim aliud est *Reduplicatio* quam vocant, in Interdictis, nisi Reconventio ejusdem generis & æque summaria? qui turbatur ab alio, se possidere contendit, & qui de turbatione convenitur, se possidere affirmat, idemque alter ab altero petit. Similiter, quando is, qui alterum primo dejecit, iterum dejectus agit *unde vi*, tum qui prius erat dejectus, vicissim de vi agere potest, in specie *l. 17. de vi & vi arm.* quæ revera nihil est quam Reconventio. Imo in Interdictis adipiscendæ possessionis, quibus ordinario fere processu agitur, nihil vetat, ejusdem generis admitti Reconventionem, ut *ante paucos annos memini inter partes Illustres esse factum, in celebri causa Amelandica;* Cum enim Heredes ultimi possessoris Insulæ possessionem ingredi prohiberentur, agerentque adipiscendæ possessionis causa, (cessat enim apud nos regula fori Gallici, quod vivus mortuum in possessionem mittat) Adversarius ad Reconventionem adipiscendæ possessionis, me Curiæ in causa Commissario, admissus est. Hoc etiam fundamento nititur observatio, quod conventus ex causa mercium minutim venditarum, non possit reconveniri ex causa feudali, similive magni momenti. Zanger. *tract. de Except. part. 2. c. 1. n. 381.* Berlich. *1. concl. 22. n. 19.* idemque adeo in omnibus obtinet summariis, ne causæ ordinarii processus per modum reconventionis illis objiciantur: ut dictum. Vide citatos a Zutfenio *prax. Belg. tit. de Reconvent. n. 11.*

8. Sequitur in definitione, CONVENIRE POTEST. Non cogitur igitur reus actorem vice mutua convenire, quod id ejus favorem videtur introductum. Imo cogitur ex *Nov. 96. c. 2.* ubi Justinianus prohibet Reo convento, ne Actorem alibi quam apud eundem Judicem conveniat, quod si facere nolit, *terminos litis sibi illatæ expectare jubetur; ut postquam lis finem accepit, tunc suam causam apud alium, si velit, judicem proponat*, quod etiam, sed obscurius, est in Auth. *Et consequenter. C. de Sent.* Cujac. ad *d. Nov. 96.* Nescio, an hanc Nov. in conspectu habuerint, qui aliunde probant, Reum, etsi pœniteat ipsum mutuæ petitionis, non posse coram alio judice convenire adversarium, nempe ex *l. 30. D. de Jud. l. 4. C. de Jurisd. omn. Jud.* A. Matth. *d. disp. 8. th. 31.* cum multo liquidior sit probatio ex hac *Nov. 96. c. 2.*

9. Ultima definitionis verba sunt; *lites contrahendi gratia.* Quem finem probavimus, & momentum ejus aliquoties rerum argumentis ostendimus. Eique consentaneum est, ut de utraque petitione mutua, de causa conventionis & reconventionis pariter sententia feratur, quod tamen semper fieri non posse, demonstratum est ex usu rerum, idemque patet ex *l. 1. §. ult. D. Quæ sent. sine appell. rescind.* ubi judex in causa conventionis & Reconventionis, *alterum priorem condemnavit:* idque in nostra Curia ordinarium est admittere, si causa Conventionis sit juris, & Reconventio facti, ut sæpe meo tempore factum; aliquantoque facilius quam ut ejusdem judicii, citra reconventionem, instantiæ ob hanc causam divellantur, imo & lites ejusdem instantiæ, cujus rei usum & exemplum demonstravimus ad *tit. de Judic. n. 26. in fin.* Sed hoc tum auctoritate *d. l. 1. §. ult.* servatur, ut executio, donec altera causa similiter finita fuerit, differatur: quod & in exemplo *d. n. 26.* relato, *& alias semper* esse decretum, meminimus.

10. Hactenus de Reconventione: sequitur CONNEXIO RERUM, a qua, licet *diversitas jurisdictionum* usu & effectu distingui possit, ut a nobis factum *in posit. ad h. t. & Jurispr. Hodiern. part. 1. lib. 1. c. 28. & sequ.* simplicius tamen & compendiosius videtur, ambas conjungere. Nam quoties qui citandi sunt ob eandem causam, habitant in diversis jurisdictionibus, ratio vult, ut omnes ad eundem judicem veniant, *l. 1. & 2. h. t.* causa manifesta, scilicet lites ut contrahantur, & quod una disceptatione fieri potest, ne in plures distraha-

distrahatur, hoc est, *Continentia Causæ dividatur*, *l. 10. C. de Judic.* Ista causæ continentia bifariam consideratur; vel enim est *Identitas*, liceat ita loqui, vel *Conjunctio* causarum. Identitas heic intelligitur, quoties adversus plures personas diversis jurisdictionibus subjectas, una competit actio, non modo si duplex sit, ut Familiæ erciscundæ, Communi dividundo, Finium regundorum, *l. 1. h. t.* sed etiam simplex, velut tutelæ contra diversos Tutores, *l. 2. h.* etiam empti ex eadem ratione, contra plures emptores, Mutui contra plures correos debendi, *N. v. 99.* & generaliter in omnibus Judiciis; ut secundum rationes juris civilis cautum est Statutis Frisiæ, *lib. 3. tit. 8. art. 2.* his verbis: *Si quando negotium adversus reos in diversis Jurisdictionibus accidat, poterit illud prima instantia ad Curiam vocari.* Nam communis Judex vix alius quam Curia suprema dari potest, ut & nostræ quidem constitutio Reipublicæ.

11. *Conjunctio* causarum non earundem intelligi debet, quando actiones ita inter se connexæ & colligatæ sunt, ut sine magno incommodo separari nequeant, ut tum de illis actionibus apud eundem judicem agatur. Hinc etsi judicium Petitorium & Possessorium diversam habeant originem & fundamentum, *l. 12. §. 1. D. de acquir. poss.* quia tamen non modo in rem eandem concepta sunt, *l. 1. §. 3. de Interd.* sed etiam probationes ita cohærent, ut fere ab una ad alteram applicari possint, merito placuit, apud eundem judicem, qui de causa possessionis cognovit, etiam de proprietate agendum, *l. 10. C. de Judic.* Huc etiam pertinet usus quotidiani observatio; Quod ubi debitor aliquis a Creditoribus invaditur, ejusque bona distrahantur, pecuniæque inter creditores dividendæ sunt, tum Creditores alibi quoque domicilium habentes ad eundem judicem venire debeant; cum aliter res sine confusione summoque detrimento administrari nequeat, *arg. l. 1. h. t.* Habent revera diversas actiones singuli Creditores inter se, de πρωτοπραξία sive prælationis jure certantes; sed in hoc concursu res ad instar divisorii judicii redigitur. Ex his exemplis de similibus aliis judicari potest.

12. Verum Quæstiones his de rebus duæ tresve supersunt. Prima, an necessitas veniendi ad eundem judicem. pertineat etiam ad cives alienæ Reipublicæ. Respondeo, Cum necessitas veniat ex lege Civili & potestate superiori, per se non posse adficere subjectos alieni imperii: Sed quatenus negotia sunt inseparabilia, sic etiam ad hos, eodem modo pertinet hæc mutandæ jurisdictionis ratio, quam locus rei sitæ facit, ut alieni cives imperii sese apud Judicem loci, ubi res sita est, defendere cogantur, ut diximus *ad tit. de Judic. n. 48. & seqq.* Quando igitur e duobus reis debendi, vel e pluribus ex quovis contractu debitoribus, unus aut aliqui habitant in vicinis provinciis, cum a singulis solidum, vel a singulis partes, sine confusione peti possunt, frustra id agitur, ut Reus diversi imperii ad nostra tribunalia citetur. Disputatum memini, an saltem correus heic habitans, prima instantia ad Curiam, quæ heic est communis Judex, vocari possit, ideo quod alii essent correi in Hollandia, *propter verba modo allegata Statuti*, meritoque judicatum est, non posse, *in causa Advocatorum L. & H. contra Elisabetham Indische - haven, d. 15. Novemb. 1681.* quia Statutum homines extra Frisiam degentes non potest obligare; secus ac necessitas, ubi res aliter explicari non possunt. Veluti cum hereditas aut aliæ res heic sitæ, sunt dividendæ, vel bona debitoris inter creditores jure prælationis distribuenda sunt. Ejusmodi casibus non potest quidem directe cogi civis alieni imperii, sed magistratus ejus loci officium implorandum est; a quo si hoc negetur, & reus certior factus ultro non veniat, Judex loci, in quo res sitæ sunt, tanquam adversus contumacem procedere potest, ut fit, & *supra* aliquoties dictum est.

13. Altera Quæstio est, quis sit Judex Communis, ad quem diversæ partes venire debent; an tantum is, qui omnium litigatorum communis est, quales Supremæ Curiæ, an vero etiam Judices inferiores. Distinguendum inter causas primitus instituendas adversus omnes, & inchoatas adversus aliquem. Si primitus instituendæ sunt, fieri non potest, ut citatio aliter quam per Judicem, qui in omnes habet imperium, concedatur, & effectum habeat, *arg. l. ult. D. de Jurisdict.* Sed quando causa inseparabilis apud competentem judicem inchoata est; veluti, cum judicium familiæ erciscundæ inter aliquos heredes inceptum est, quod fieri posse, diximus ad *tit. Famil ercisc.* tum reliqui ad eundem judicem venire debent, idque rescriptis Principum contineri, dicitur in *l. 2. h. t* sine distinctione judicis, ideoque ad talem judicem hoc pertinet, apud quem lis ordine cœpta fuit disceptari: Apud nos ea de re sæpe dubitatum est, inprimis, quando Creditores in bona debitoris alicujus missi, de jure suo apud Judicem inferiorem disputare cœperant;

propter

propter verba Statuti modo Latine relata, quæ vernacule sic habent; *Soo wanneer een sake tegens Gedaegden in verscheidene Jurisdictien voorviel, sal de selve ter eerster instantie voor den Hove beroepen mogen worden.* Ex his verbis invaluerat praxis, neminem ad judicem non suum, qui inferior sit, vocari posse, propter rerum connexionem, vel jurisdictionum diversitatem, sed tantum ad Supremam Curiam; Imo cum res apud aliquem Judicem inferiorem inchoata est, si quis alibi habitans rem ad Curiam deferre velit, eum reliquos omnes ad supremam Curiam vocare posse: quia jus hoc, *ut omnes ad eundem judicem ire cogantur*, vi legis Statutariæ ad solam Curiam pertineat. Potest tamen ex his, quæ dicta sunt, distingui; ut si res primum incipienda sit, actorque velit omnes ad eundem judicem vocare, non nisi apud Curiam supremam id instituere possit, deque eo casu loqui Statutum: Si vero apud judicem competentem, licet inferiorem, legitime res inchoata sit, non esse in eam partem capiendum Statutum, ut a Judice competente res avocetur. Actum ea de re apud Curiam in tali specie: Apud Judices Schotanæ jurisdictionis facta erat derelictio bonorum, vulgo *abandon*; Creditores cœperant concurrere; vocatus erat unus inter eos Leovardiensis; qui Schotanis judicibus sistere se non cupiens, per libellum causam petierat avocari ad Curiam, omnesque Creditores illuc citari. Impetraverat Rescriptum, prohibens Schotanis ulterius procedere; sed per modum provisionis. Re deinde in pleno Senatu disceptata, visum est, Creditorem Leovardiensem contentum esse debere eo, quod reliqui obtulerant, ut ipsis se adjungeret, locumque suum illic secundum ordinem Prælationis obtineret, in causa *Jacobi Hooglander, contra Stephanum Johannis, ante magnas ferias 1680.*

14. Ad hanc Rubricam rerumque connexionem, pertinet etiam haud dubie, quod omnes, qui se adjungere volunt processui litis alicubi inchoatæ, ad eundem judicem, ubi causa vertitur, etsi non sint ei subjecti, venire cogantur, ut sunt auctores, & omnes, qui de evictione tenentur, de quibus *ad tit. de Evict ion.* agendum erit; tam si plane pro illis interveniant, quam si liti solummodo adsistant eique se adjungant: Et hoc quidem casu, quia tum pro accessoriis duntaxat habentur, ut adjuvent reum Principalem adjuncti, neque pro se mutuam petitionem, neque exceptionem opponere possunt, ut apud Curiam nostram *in notis meis* judicatum reperio, die XV. *Septembr. 1680.*

15. Per submissionem fit etiam, ut plures ad eundem judicem venire cogantur. Sed de hac egimus ad *tit. de Jurisd.* Hec certas duntaxat observationes, apud Supremam Curiam olim collectas adjungemus. Submissio, sive prorogatio de persona ad personam, ut appellata est *ad d. tit. n. 12.* cum sit conventio expressa vel tacita, non potest ad alios, quam qui ad illam se obligarunt, pertinere. Quare non fuit hæc species valde dubia, de qua tamen aliquoties ut dubia, disceptatum est apud Curiam. Debitor in instrumento mutui submiserat se Curiæ supremæ, sub hypotheca; & hujus hypothecæ possessor, deinde conventus est a creditore prima instantia ad Curiam. Opponebat declinatoriam. Actor urgere submissionem debitoris, per quam ipsa hypotheca in eodem instrumento esset affecta. Judicatum est, submissionem non adficere hypothecam, cum sit Conventio, qua personam obligari, non rem contingi, nota satis est doctrina; rectissime ita judicatum, teste D. Saekma in causa *Cornelii Gellii contra Hesselum N. d. 17. Decembr. 1614.* Rursus ea de re tam speciose disputatum est, ut paribus sententiis exceptio fori declinatoria rejecta sit, *d. 11. Februar. 1680.* Sed deinde juris ratio fortius valuit, ut exceptio admitteretur *in causa Doctoris I. B. contra P. R. D. 10. Jul. 1681.*

16. Ex eadem ratione, quod submissio fit conventio, sequitur, heredes ejus, qui prorogavit jurisdictionem in certo negotio, teneri sistere se in eadem causa ei Foro, cui se defunctus submisit, per *l. 59. de R. J.* ac ita judicatum refert Sandius *lib. 1. tit. 1. def. 3.* idemque de uxore ejus, qui submisit se, tradit ex Argentræo, *d. loco.* quod non habet difficultatem, si una cum Viro citetur, quia non habet forum a Viro seorsim. Si vero sola, vel post mortem ejus vocetur, diversa, opinor, est ratio: In casu mortis ideo non tenet uxorem Viri submissio, quia nec est heres Viri, nec jam communione Fori aut bonorum involvitur: Nec quidem, vivo marito, sola si conveniatur, uxorem Viri submissione teneri, nec id actum esse in dubio, dixerim. Tu dices, recte ita ex Jure civili, ubi nulla est communio bonorum conjugalis, ubi vero hæc obtinet, uxor tenetur ex obligatione principali; Proinde etiam ex submissione, quæ est accessoria. Respondeo, dispar est ratio; De principali tenetur, ob societatem, quæ est inter conjuges. Atqui Socium teneri ex submissione

focii alterius, cum pro sua parte seorsim convenitur, nemo dicet, opinor: Hæc ratio igitur ne uxorem quidem tenet. An qualitas Curatoris id efficiet? Sane ita, quando maritus uxoris rem gerit, & in qualitate Curatoris: non, quando uxor jure societatis pro parte convenitur. Denique Fori Communio non potest huc applicari; quoniam hæc venit ex cohabitatione, cum qua nihil habet commune submissio, facta sub Judice non proprio mariti.

17. Ex eadem natura Conventionis, per quam fit submissio, judicata fuit hæc Quæstio; Duo socii cum Tertio contractum inierant, partesque se Curiæ supremæ submiserant: accidit, ut illi duo inter se contenderent, ac alter alterum vi submissionis factæ ad Curiam vocaret. Cum alter se opponeret, eo quod contractus ille submissionis inter se ambos & Tertium esset initus, alter clausulam submissionis instrumento subjectam ad omnes personas in eo comprehensas pertinere diceret, Curia censuit, eos solos, qui se ut partes contrahentes gesserant, submissione facta teneri, non eos, qui nihil inter sese egissent, etsi in instrumento commemoratos atque conjunctos, *ad libellum supplicem D. Domna Pastoris Rypensis, die 2. Mart. 1680.*

18. Porro fit submissio vel certo, vel quovis sub judice. Prior fit plerumque sub Curia suprema, quamvis etiam sub inferiore nihil vetet eam institui, sed accidit rarius, quia minorem usum præbet. Ea, quæ sub omnibus fit judicibus, pertinet ad cuncta tribunalia, sub quorum jurisdictione pars adversa reperitur. Sed quæritur, an hæc ad Supremam quoque Curiam pertineat. Non video causam, cur minus, nisi aliter Lege speciali sit cautum, ut apud Batavos *art. 6. Instruct. ampliat. Cur.* Nostrates Notarii hac gratia verbis generalibus, *Allen Gerechten* solebant addere, *ter eerster instantie justiciabel*; quibus Curiæ, respectu civium & agricolarum satis excluduntur.

19. Habent in more positum nostrates, ut compendio verborum utendi studio, Clausulam submissionis ita exprimant, in fine instrumentorum, *met submissie soo naer Rechte*, id est, cum submissione ita ut juris est, idque admodum frequentatur. Qualem his verbis submissionem intelligemus; generalem infra omnes judices, an specialem? Verba nihil præ se ferunt, quam submissionem respectu omnium juris remediorum, quæ adversus loquentem institui possint. Et quamvis hoc potius agendum sit, ut verba valeant, quam pereant, tamen & hoc certum, nihil in judiciis divinandum. Ac ideo Curia censuit, his verbis, nec infra ipsam Curiam, (quam plerumque designari, verosimile est,) nec ullum Judicem alienum, contineri submissionem: quod ad commonefactionem adversus errorem popularem valere debet. *In causa Annei Suffridi, contra Annam Rinneri Grettinga, d. 28. Septemb. 1680.*

20. Ad *tit. de jurisdict. n. 12. sub fin.* a nobis scriptum est, non modo per litis contestationem fieri submissionem tacitam; sed etiam, quando quis citatus venit in jus, audivitque petitionem Actoris, nec quicquam Reus opposuit aut dixit; sed rem totam actoris consensu distulit in sequentem terminum, hoc ipso in judicem consensisse videri, eique se submisisse; nunc addo, ita judicatum esse, in prædicta *causa Annei Suffridi adversus Annam Grettinga.*

21. Postremo quæsitum memini; An Magistratus inferiores civibus aut incolis prohibere possint, ne submittant se prima instantia Curiæ supremæ, quod aliquando factum, vel tentatum, eo quod omnia per hanc viam fere ad Curiam transmittantur. Sed cum hæc res a libero consensu & arbitrio domini in re propria pendeat, certum est, nihil hactenus a Magistratibus in præjudicium hujus libertatis statui posse: nisi quod hoc minime a ratione alienum videtur, Tabellionibus injungere, ne quas submissiones Instrumentis rerum actarum, nisi sponte a partibus rogati, subjiciant, quod ita vel solum has prorogationes non leviter imminueret. Sed manum de tabula.

TIT. III.

De Servo Corrupto.

I. Continuatio, & conjectura, videri hanc rem ad caput secundum L. Aquiliæ pertinuisse. II. Argumentum tituli, cum limitatione ejus quod interest in hujus actionis nominibus. III. De utili actione propter liberos corruptos. IV. Proprietas hujus actionis.

IN duobus præcedentibus titulis expectatione prolixiores fuimus, quia non modo ad vetustatem doctrinæ, sed ad usum quoque Fori maxime pertinebant. In sequentibus hujus libri titulis,

lis, cum ad usum minus valide pertineant, brevioribus esse licebit; Videlicet sequuntur nunc alia, quæ tamen ad præcedentia pertinere videbantur. Sic actio servi corrupti est ἀποσπασμάτιον Legis Aquiliæ, nec inepta conjectura est, Caput secundum Legis Aquiliæ de servo corrupto fuisse conceptum.

SCHOLIUM.

Coërcet enim lex Aquilia damnum datum. Datur vero damnum vel corrumpendo corpus, de quo est cap. 1. & 3. *vel corrumpendo animum, de quo probabiliter fuit* Cap. secundum.

2. Qui servum alterius, corruptis moribus, dolo malo deteriorem fecit, in duplum tenetur, *l. 1. l. 3. pr. l. 5. §. 1. h.* cui tamen inest simplum, *l. 14. §. 5. h.* nec tantum æstimatio fit ejus, quanto vilior servus est factus, sed etiam rerum, quæ hac causa perditæ sunt, *l. 9. §. ult. & l. 19.* Vide tamen temperamentum in *l. 11. §. 1.* velut, si quis chirographa debitorum, ab alio persuasus aboleverit, corruptor in id, quod interest nomine chirographorum, tenebatur; verum si consuetudine peccandi postea rationes cæteraque similia instrumenta subtraxerit, interleverit, dicendum erit, priorum corruptorem posteriorum nomine non teneri. Unde colligi potest regula: Quicunque teneri de damno, cui ipse causam, non occasionem e longinquo, ubi ipse non erat innexus, dederit. Quod compara sis, cum eo, quod ad *tit de Lege Aquil. n. 6.* observatum est, non videri æquum, ut aliquis de damno ab inimicis suis alii dato, in rebus, quas ipse non custodiebat, teneatur.

3. De liberis corruptis, qui non sunt in patrimonio, non datur hæc actio: nisi quatenus damnum aut lucrum cessans inde recipit æstimationem; hactenus enim utilis actio competit, de eo quod interest, officio judicis æstimando, *l. 14. §. 1. h. t.* Certe quidem magis interest nostra, animum liberorum nostrorum non corrumpi, quam servorum; sed quoad actionem, hoc differt, quod servi pretium corrupti minuatur; filii nullum sit pretium. Sed damna Patri illata, per aleam, furta, scortationes, symposia, filiis per alios corruptis, omnino peti possunt. Si, inquam, ætatem adolescentum lubricam & obnoxiam, ab aliis callidioribus corruptam esse constat, non si tantum socii nequitiæ fuerint; plerumque videmus, *corrumpere & corrumpi seculum vocari*, ut Tacitus ait, *lib. de mor. Germ.* Prætor *calliditatem ejus, qui persuadet, notat, l. 5. in pr. h. tit. & Princeps delicti* quærendus est, *l. 20. in fin. h. t.* Cæterum, dolor parentum, dignitas familiæ, spes ingenii, quod, si corruptum non esset, *jam in foro conspiceretur, jam militaret, jam illi uxorem quæreret Pater*, ut est apud Fabium *declam. 306.* sunt res, quæ æstimari nequeunt; ut nec virginitas sublata filiæ, si quis ei, ut stuprum pateretur, persuaserit, quod in ancilla daret actionem, *d. l. 2. h. t.* Tamen de liberis corruptis pecuniariæ actionis usum, mihi nullum videre contigit; cum, quia dedecus familiarum Parentes celare conantur, tum quod Corruptores fere decoctores, & nequaquam inopes esse solent, aut socii potius quam duces flagitiorum. Denique, nulla major in liberis corruptelæ causa, quam naturæ pravitas, quæ omnem parentum curam, severitatem, diligentiamque fallit & frustratur; cujus exemplum habet notabile Mornacius ad *l. 2. h. t.* & notum est illud Augusti, cujus hac parte sollicitudinem nulla vicit unquam Patris industria; Tamen hunc ipsum fidentem *disciplina domus, fortuna destituit*, ait Suetonius. Nocet quidem indulgentia, *sed natura metuenda est*, ut Cicero de Quinto filio, de Hortensio, aliisque perditis magnorum hominum filiis, Attico, de indulgentia notatus, respondet, *10. ep. 4.* Soli Deo naturæ Auctori, ut omnis laus honosque debeatur! Denique & ad corruptiones uxorum famulorumque ingenuorum, quatenus Patrifamilias damnum est illatum, lucrumve interversum, utiliter agi posse, non abhorret ab argumento *l. 14. §. 1. h. t.*

4. Quamvis autem prætoria & pœnalis hæc actio sit, tamen est perpetua, quæ est exceptio a regula *§. 1. Inst. de perpet. & temp. act.* heredique datur, in heredem non datur, *l. 13. pr. h. t.* Atqui, occupat Wissenb. *si mixta est hæc actio, ut est revera, d. l. 14. §. 5. saltem quatenus est rei persecutoria, in heredem danda erat. Ego*, inquit noster D. Wissenb. *ἐπέχω*. Mihi *τοῦ ἐπέχειν exigua* apparet ratio. Dix. ad *tit. Inst. de perpet. & temp. action. n. 6.* Quippe, tametsi tota aliqua rei persecutoria sit actio, nihilominus ad heredem, quæ ex delicto est, nequaquam transire potest, eo quod in maleficiis heres defunctum nullo modo repræsentet, aut in locum ejus subeat, ut d. loco demonstratum est. Adde quæ dicta sunt *ad tit. D. de eo, per quem factum erit n. 4.*

TIT. IV.

De Fugitivis.

I. Continuatio, quinam Fugitivi. II. Pœna celantium fugitivos. III. Modus illos inquirendi, & applicatio ad fures, desertores, & famulos se operis subducentes.

POst generalem titulum, notantur duæ species corrumpendorum servorum, si quis suaserit fugere, & alea ludere: ita Cujacius *parat. h.* Est autem fugitivus, qui ea mente fugit, ne ad dominum redeat, *l. 17. §. 1. de Ædil. Ed.* a quo differt Erro, qui non fugit, sed frequenter vagatur, & temporibus in res nugatorias consumptis, serius domum redit, *l. 17. §. 14. de Ædil. Ed.*

2. Qui servum alterius fugitivum celavit, furti tenetur, *l. 1. pr. h.* secundum *l. 4. C. h. t.* ipsum fugitivum cum alio simili, vel cum XX. solidis reddere debet; secunda tertiaque vice, pœna duplicatur & triplicatur. Qui servum fisci celat, præter ipsum in XII. Libras argenti condemnatur, *l. pen. C. h. t.* Cæterum, modus inquirendi fugitivos, est in *l. 2. h. t.* nec sufficit non celasse, sed & producere alienos servos oportet, *l. 1. §. 3. h.* idque in aliis rebus furtivis & furibus, usum habere potest.

3. Etiam militibus fugitivis & desertoribus, hæc applicari possunt, de quibus in loco. Aliquo modo etiam famulis, quibus utimur, ingenuis; quatenus Lege cujusque civitatis, vetitum est famulis, intra tempus conductionis sese operis subducere, * aut etiam, quando penitus venire recusant; quo utroque casu apud nos mulctantur XXV. florenis, & si aliquoties idem fecerint, in opus publicum dantur. Eum in finem, aut ad ministerium ut cogantur, inquisitio in illos fieri potest. Qui non exhibet, aut celat, erit obnoxius apud nos eidem mulctæ XXV. florenorum, qua tenentur, qui alienos famulos seducunt, ex Edicto Ordd. Frisiæ *d. 24. Mart. 1671.*

TIT. V.

De Aleatoribus.

I. Continuatio, & quid alea. II. Edicti de Aleatoribus Pars 1. & ejus defensio a Censura. III. Pars altera Edicti, ubi de usu coërcitionis Prætoriæ. IV. Pœnæ aleatorum variæ, & usus illarum. V. De ludis. VI. Ad quam usque summam ludere liceat.

QVanquam occasio hic agendi de alea, sit corruptio servorum filiorumque, *l. 26. de injur.* locus tamen de Alea generaliter hic tractatur, uti mos est Juris conditoribus. Alea est omnis ludus incerti eventus, sive ab sola pendeat fortuna, seu mixtus sit industria, *l. 1. h. & l. 1. C. h. t.* cujus variæ species non est quod heic recenseantur.

2. Edictum de Aleatoribus est in *l. 1. pr.* ubi primo negat Prætor, se judicium esse daturum de damno, furto, injuria, domi illorum, apud quos alea lusum esse dicetur, ** commissis. Idque non modo de pœna, sed & de rei persecutione intelligit, quo tamen non excluditur officium Præfecti Urb. cui hoc proprium est, ut in quotidiana maleficia animadvertat, *l. 1. pr. de off. Pr. Urb.* Hinc petitur responsio ad objectionem; quod hoc prætoris Edictum non modo sit παράδοξον, sed etiam

* Jure Saxonico famuli, qui, nondum finito conductionis tempore, a Dominis discedunt, ne præteriti quidem temporis mercedem possunt petere. Landes-Ordn. *d. ann. 1550. tit.* Von Gesinde-Lohn und Muthwillen. §. Wir ordnen und wollen auch. *verb.* daß hinfürder kein Herr einigem Gesinde, das ausserhalb der Zeit seinen Urlaub verursachet, oder ohne (sic enim legi debet) rechtmäßige Ursache selbst nimmt, einigen Lohn zu geben schuldig sey. j. Land-R. *l. 2. art. 32.* Carpz. *P. 2. C. 51. def. 13.* Imo & arbitraria, e. g. carceris, pœna coërcentur. Ii vero, qui alienos famulos sollicitant, aut durante conductionis tempore, subducunt, eadem ordinatione multantur. §. Wiewohl wir die alte Lands-Ordnung. *verb.* bey Straffe, da es einer von Adel thäte, 20. der Bürger 10. Gulden, und der Bauer, so hoch sich das jährliche Lohn desselben Dienstboten erstrecket. *Corp. Sax. p. 29.*

** *Ordin. Pol. d. An. 1555. tit.* Topler und Spieler. §. So befinden wir. receptatores non minus quam aleatores, si magistratui rem non denunciaverint, coërcere jubet. Ordinatio autem recentior *de A. 1661. Tit. 8.* Vom Spiel. *§. 3.* eum, in cujus domo alea luditur, æque ac aleatores, 10. thaleris multat, ex quibus unus denuncianti cedit, ii vero, qui pecuniam solvere nequeunt, octo dierum, aut amplius, carcere puniuntur.

παρά-

παράνομον, ut Wissenbachius noster *ad h. t. in pr.* id est, non modo *videtur*, sed revera *est* iniquum; *Isto enim modo*, pergit, *invitantur homines ad furta, damna, injurias inferendas, promissa delictorum impunitate.* Imo etsi Prætor majestate imperii sui putat indignum, de damnis & injuriis inter Aleatores cognoscere, *παλλοδόχως*, receptatores flagitiosi lusus aversa quasi sella destinuens, ideo tamen præfectus urbi, cujus est, quælibet flagitia & delicta coërcere, *l. 1. de off. præf. Urb* non negligit officium suum; ut adeo de impunitate criminum hac parte nihil sit quod aleatores sibi polliceantur: non, si unum genus remedii civilis, quo patrimonio suo consulant flagitii auctores, negatur, ideo criminum publicorum vindicta penitus excluditur.

3. Pars altera edicti, est in *l. 1. §. ult.* adversus eos, qui per vim homines ad aleam compellunt, quos punit Prætor pro jure suo modicæ coërcitionis, ut aut pecunia mulctet, aut in latumias, vel in vincula publica duci jubeat, *d. l. 1. §. ult. h. t.* ubi lautumias habet liber Florentinus, recte, ut Cujacius probat *6. obs. 7.* etsi etymologiæ ratio, *latomias* exigere videatur. Sed locus hic notabilis est ad probandum, Prætoris officium quoque in maleficiis quotidianis versari puniendis, quatenus modicæ coërcitionis rigor admittat, ejusque species fuisse deductionem in vincula publica, & in lapicidinas, ad tempus scilicet non longum: nam alioqui non leve supplicii genus illud esset, ut *ad Tit. de Pœnis* videbimus, *l. ult. C. h. t.*

4. Cæterum, usus aleæ prohibitus est, adeo ut nec peti possit, quod hoc nomine debetur, *l. ult. §. 1. h.* imo repeti quod solutum est, eoque non repetente, qui solvit, quivis alius id condictione, maxime pater, vel defensor civitatis, exigere potest, *l. 1. §. 2. C. h. t.* Igitur sanctio contra Aleatores his gradibus constat. 1. Qui receperunt aleatores, non habent actionem de damnis & injuriis. 2. Qui coëgit alea ludere, mulctatur, ut dictum. 3. Domus aleatoribus præbita, fisco cedit, *l. ult. C. h. t.* 4. Qui vicit alea, non habet actionem ad petendum, quod ei hac causa debetur. 5. Qui perdidit, etiam repetere potest, quod solvit, * ut dictum, cis annos quinquaginta.

5. Ex his prima sanctio non videtur hodierni juris esse; potius est, ut sine discrimine jus dicatur; etsi deformibus ganeonum, apud quos fere luditur alea, rixis forum perstrepere, judiciorum gravitas haud sæpe permittat; nec adeo magnus hujusmodi causarum usus frequentetur. Secunda pœna contra eos, qui alios alea ludere coëgerunt, quo minus hodieque locum habeat, nihil impedimento est, eaque tenebitur & is, qui jacturæ faciendæ spe alium, qui enorme lucrum tulit, ad continuandum adegit. Tertia de confiscatione domus, nusquam in usu, quod sciam, habetur. Quarta sanctio, quod actio negetur ad petendum, quod ex aleæ lusu debetur, certi usus & notæ observantiæ est. De quinta variant Interpp. Plerique negant, citati & laudati a Groenewegio *ad pr. h. t.* Perezius *ad h. tit. C. n. 7.* censet, liberum *esse perdenti, judicio adhuc dum experiri, cum contraria consuetudo sit contra bonos mores.* Quam sententiam Groenewegius concedit his casibus: 1. Si victor dolo malo sit usus. 2. Si non tam pecunia, quam vestis, aut suppellex, in solutum data sit, *ut Antwerpienses tit. 54. art. 18. 3.* Si quis in magnum familiæ suæ dispendium, ingentem pecuniæ vim perdiderit. Addendus est sine dubio 4. casus, si minor aut filiusfam. notabilem alea jacturam fecerit, quo casu pater, aut curator, sine dubio repetet, quod amissum, per *d. l. ult.* De rebus tamen modicis ludere, non est vetitum, *d. l. ult. pr. h. l. 3. C. h. t.* quod argumento est, non prohiberi aleam ob religionem sortis, sed ob incommoda consequentiæ: nam de sorte videtur dicendum, eam per se non esse illicitam, si fiat animo indifferenti, nec cum intentione nimis acri ad casum determinandum.

SCHOLIUM.

Unde nec sponsiones, quæ sortis aliquid habent, & cum ludis incerti eventus aliquatenus conveniunt, illicitæ sunt, de quibus vide omnino Schutz. in Comp. h. t p. 149.

Aliter Wissenbachius noster *h. t. n. 18. l. 17. §. ult. de Præscr. verb. l. 63. de V. O. arg. l. 118. in pr. eod.* & quos ille laudat; *non valent*, inquit, *sponsiones vulgares, quæ fiunt in incertum rei eventum, Si Gallus vicerit Hispanum, si Leopoldus occupet albam Græcam*, Si intra tres & dimidium annos cesset persecutio in Ecclesiam, si Rex Angliæ Papatum in regno suo restituat, & similia. *Nullum in his*, ait Wissenbachius

* Apud nos, vi consuetudinis, condictionem lusu perditi cessare, asserunt Carpzov. *lib. 6. Resp. 96. n. 16.* Petr. Heig. *P. 1. qu. 10. n. 35.* Eckh. *ad ff. tit. de aleator. §. 2.* vide tamen Lyncker. *Dec. 461. in fin.* Brunnem. *cent. 4. dec. 8.* saltim limitationes, quas Autor *pos. 5. h. t.* subjicit, etiam apud nos admittendæ videntur.

noster,

noster, *virtutis certamen instituitur, & lucrum inde captum pro turpi habendum.* Nobis ratio melior Curiæ nostræ & Doctorum communiter videtur; sponsiones ejusmodi non esse prohibitas, * si casus in futurum mutuo certamine collatus, non sit turpis aut noxius; pro quo merito fuit habita sponsio Pontificii cujusdam hominis apud nos, qui anno LXXII. hujus seculi, sponsionem inierat, si ante festum Jacobi, hostis patria potiretur, se *centum* daturum, & stipulatus erat contra: Accusatus est a Procuratore Generali, sed morte condemnationem prævenit. Sæpe fit etiam, ut laudabile honestumque certamen sit, in divinatione rerum futurarum, quæ ex attenta consideratione rerum hominumque, & ex comparatione præsentium ac futurorum instituitur, de qua Cicero præclare ad Cæcinam *l. 6. ad fam. ep. 6.* ubi hanc *divinandi artem se, tum sapientissimorum hominum monumentis atque præceptis, plurimoque doctrina studio, tum magno etiam usu tractandæ Reipubl. magnaque temporum varietate consecutum esse testatur:* Cui *quidem divinationi,* inquit, *hoc plus confidimus, quod ea nos nihil in his tam obscuris rebus, tamque perturbatis, unquam omnino fefellit.* Proinde hanc artem Christianis, quæ præter eadem adjumenta, diligenter consulunt oracula S. Script. non paulo equidem oporteret esse certiorem. In quo genere excellentem historia prodidit Hieronymum Savanarolam, Monachum Florentinum, qui cum in alta pace quiesceret Italia, nec ulla belli suspicio animis hominum obversaretur, sub finem seculi decimi quinti, prædixit ea, quæ deinceps inopinatissima contigerunt; quæ postea fassus est, non ex revelatione divina, ut prius creditum erat, sed ex opinione propria sacris literis fundata, a se fuisse prædicta, ut Guicciardinus testatur, *Le cose predette da luy, essere state predette, non per revelatione divina, ma per opinione propria fundata su la dottrina & observatione della Scrittura sacra. l. 3. bell. Ital. in fin.* Quod studium his diebus mirifice incaluit; ut non desint, qui magnarum rerum eventus ad unguem demonstrare se posse prædicent; quemadmodum ex adverso ab aliis summæ incertitudinis arguitur, qua de re circa Viennensis obsidionis exitum magna utrimque fiducia certatum meminimus. Turpe certamen esse, de his rebus in futurum judicandi, & Scripturas indagandi, si temeritas absit, dici non potest: Nec est turpe civilis prudentiæ certamen, in aliarum rerum eventibus dijudicandis vel divinandis; nec denique Medicæ sagacitatis in sua prognosi, quo referemus exemplum, quod Sandius habet in *d. lib. 3. tit. 9. defin. 1. in fine.* Titius dedit Sempronio centum, *si uxor sua gemellos eniteretur,* & quæ similia: Videatur dicto loco Sandius, ubi rationem aliam refellit, etsi parum distincte, Herbaji nostri, ex intima subtilissimaque jurisprudentia petitam, *Tract. rer. quotid. cap. 1.* quam etiam probat Wissenbachius *ad h. tit. n. 18.* scilicet, hujusmodi sponsiones ac stipulationes *carere causa,* quales per exceptionem doli inutiles redduntur, *l. 2. §. 3. de dol. & met. except.* Nos hujus rei explicationem *ad tit. de condict. sine causa,* ubi locus ejus est, rejicie-mus; nec obesse huic sententiæ, facile probabimus.

6. Ludi virtutis causa permissi, quinque recensentur in *l. 2. §. 1. h.* si quis certet hasta, vel pilo jaciendo, item currendo, saliendo, luctando, pugnando. In *l. 1. C. h. t.* recensentur etiam quinque species, sed ab istis diversæ, 1. cursus vel saltus sine conto, *μονόβολον,* 2. *κοντομονόβολον,* id est saltus cum conto, 3. liberatio Quintiana, a quodam Quintio sic dicta, cum aculeo & ferro, 4. Lucta, 5. Aurigatio sive equorum agitatio. Haud tamen ultra unum nummum, ** singulis commissionibus interponere certandi causa licet, *d. l. 1. C. h. t.* in græco est *νόμισμα,* Interpres reddit assem, & rursus,

* Nostra quoque Ordinatio Politica *d. Ann. 1661. de tit. 8.* §. nun stellen. sponsiones permittit, si modo fiant, (1) de re honesta, *verb.* ehrliche Wetten. (2) extra ludum, *verb.* so ausser dem Spiele geschehen. conf. Christin. *V. 2. dec. 200. n. 12. seqq.* (3) modice. vid. præjudic. ap. Finckelth, *Obs. 33. n. 34.* Adde de licentia sponsionum Mencken. *Contr. Jur. Civ. Disp. IV. th. 12.*

* Ea de re dicta Ordinatione Politic. §. jedoch. ita cautum deprehendimus: Daß einer von Adel über einen Thaler, ein vornehmer Mann, so Bürgerlichen Standes ist, über 12. Groschen, und ein Handwercksmann über 4, ein Bauer aber über einen Gr. auf einmahl nicht verspiele, solches auch in einem Monath über einmahl nicht geschehe. Cæterum, quod eadem Ordinatione *d. tit.* §. *f.* Ollæ fortunæ, der Glücks-Topff, ludis prohibitis accensentur, id ad ollas privatas, non publica autoritate constitutas, pertinet.

soli-

ſolidum; Atqui ſolidus eſt aureus, as facit quinque æreos minutiſſimos, *vyf doiten*. Igitur aureus intelligatur, quia Cæſar addit, ditioribus unum nummum interponere licere; quod de aſſe nimis putidum fuerit, maxime cum ſequatur; *cæteris autem longe minori pecunia*. Cujacius ſcholium Βασιλικῶν *l. 60. t. 8.* ubi ſic eſt: *τὸ περὶ ἑνὸς νομίσματος ὃ κεῖται ἐν Βασιλικῷ*, vertit etiam, per ſolidum. Ergo nihil dubii, licet nummus *νόμισμα*, de aſſe plerumque ſumatur. Materia Digreſſionis heic non deeſſet, ſed minus juridicæ: & eſt modus in rebus.

Tit. VI.

Si menſor falſum modum dixerit.

I. Continuatio. Quibus, & contra quos detur hæc actio. II. An mores hele a jure Rom. diſcrepent. III. Sitne ex delicto, an e contractu hæc actio, quæque inde ſequuntur.

HIc titulus cum Cujacio, pro appendice judicii finium regundorum habendus eſt, in quo plerumque agrimenſores adhibebantur, *l. 8. Fin. regund.* juncta *l. 1. pr. l. 3. §. 4. h. t.* Scilicet Menſores, qui in metiendis agris dolo malo falſum retulerunt, vel etiam lata culpa, tenentur actione prætoria in factum in id quod intereſt, *l. 1. pr. & §. 1.* quæ extenditur ad omnes aliarum rerum menſores, *l. 5. §. ult. & l. 7. pr.* atque utiliter ad eos, qui non quidem menſi ſunt, verum aliter in modo aut in computatione fefellerunt, *l. ult. §. 2. & fin. h.* Datur actio non Domino qua tali, ſed ei cujus intereſt, *l. 3. §. 1.* contra eum, qui renunciavit, non qui menſus eſt tantum, *l. 1. §. ult.* De culpa levi non tenentur, quia ſolius actoris utilitas vertitur: quod etiam accipit menſor, non eſt merces, ſed honorarium, *d. l. 1. pr.*

SCHOLIUM.

Sed hodie ſi noſtri menſores in tanta dignitate, ut olim, non ſunt conſtituti, & eorum opera pro locari ſolita habetur, quod vult Dn. Schilt. Ex. 21. th. 24. *Itaque tenebuntur actione locati, etiam de culpa levi.*

RESPONSIO.

Atqui etiam hodie Agrimenſores, mediam inter artium eruditarum Profeſſores & mercenarios artifices conditionem obtinere videntur, ut nihil cauſæ videatur hac parte noſtri moris & antiqui juris admittere differentiam.

N. ADDIT.

Non eſt hic ſermo de dignitate & praecedentia Agrimenſorum præ mercenariis artificibus, inter quos etiam gradus ſunt, ſufficit, quod apud nos tantæ haud ſunt dignitatis, ut erant tum temporis ii, quorum cauſa Prætor hanc actionem invenit; & quod conſueta & communiter æſtimabili mercede ſint contenti.

2. Plures menſores ſinguli quidem tenentur in ſolidum, ſed unius ſolutione reliqui liberantur, *l. 3. in pr. h.* quoniam eſt actio rei perſecutoria, quia datur in id quod intereſt, pœna nuſquam conſtituta, ut dictum ex *l. 2. pr. & l. 5. §. 1.* tales autem eſſe rei perſecutorias, non pœnales, ſæpe dictum, & conſtat ex *l. 35. de O. & A.* Atqui id quod intereſt non niſi ſemel peti poteſt, *l. 57. de R. J.* Pœna vero ſingulos, ita ut unius ſolutio reliquos non liberet, coërcet, ut demonſtratum eſt ad *tit. De eo, per quem fact. inf. pr.* Sed eſtne e contractu, an delicto? Struvium ſibi hac parte contrarium eſſe, D. Thomaſius animadvertit; nam ad *h. t. n. 61.* dicere, quod ex contractu ſit; in *Exercit. 19. n. 21. in fin.* eam referre ad actiones e delicto. Hæc forte Paulus conciliat in *l. 4. h. t.* Initium rei eſt a ſuſcepto negotio, actio venit ex circumſcriptione, adeoque e delicto. Quod etiam eo confirmatur, quia non datur in heredes, *l. 3. §. pen. h. t.* Atqui e contractu actiones, licet delictum in eo quoque verſetur, in heredes tamen dantur, *l. 49. de O. & A.* quæ vero veniunt e delictis, quoniam in illis heres non repræſentat defunctum, in heredes, etſi rei perſecutoriæ ſint, dari non poſſunt, ut pluribus demonſtratum eſt in *Parte 1. lib. 4. tit. 6. n. 20. & lib. 4. tit. 9. n. 6.* Verum eſt, eos, qui damnantur in id quod intereſt, in ejuſmodi judiciis, nihil inde lucri percepiſſe; proinde ſpeciem pœnæ videri eſſe, quod ſolvitur: ſed hoc etiam obtinet in Commodato, Depoſito, ſimilibuſque; damno dato, id quod intereſt, quaſi pœnæ vice fungitur; neque tamen ideo judicium commodati aliud eſt, quam ſimpliciter rei perſecutorium. Tu inde collige, quod & alias dictum eſt; quod aliqui actiones illas e delicto, quæ dantur in id quod intereſt, vocant pœnales a parte rei, id non, niſi improprie dictum, poſſe probari.

SCHOLIUM.

Quod si hodie mensor ex locato conveniri possit, daretur etiam hæc actio contra heredes.

RESPONSIO.

Atqui mensores ne hodie quidem mercenariis accensendos esse, diximus antea; nec heredes eorum teneri ex dolosa renunciatione, satis indubitatum est.

N. ADDIT.

Dependet tota res ab hypothesi de hodierna conditione mensorum, de qua mentem nostram modo declaravimus adversus responsionem Autoris.

Cæterum, adversus ipsum mensorem hæc actio, licet ex delicto Prætoris, tamen est perpetua, quia non est ad pœnam, *d. l. 4.*

TIT. VII.

De Religiosis, & sumptibus funerum, & ut funus ducere liceat.

I. Connexio, & remissio ad Partem 1. II. Divisio sepulchrorum. III. Prima actio ad tuendum jus sepulchri. IV. Secunda actio, de sumptibus funerum. V. Modus illorum. VI. Privilegium hujus actionis. VII. Tertia actio, pro libertate sepulturæ.

Titulus de Religiosis, vel est appendix Rei vindicationis, ut vult Cujacius, de qua proditum est antea, non dari illam de locis religiosis, *l. 34. de Religios.* vel quod propius est, Judicii familiæ erciscundæ, in quam non veniunt sepulchra, prout apparet ex *l. 6. h. t.* quam vide omnino. Rubrica tres hujus tituli partes indicat, quarum est 1. De Religiosis. 2. De sumptibus funerum. 3. Ut funus ducere liceat.

2. Quod ad primum attinet articulum, quæ loca sint Religiosa, dictum est in *Parte I. tit. de Rer. divis. n. 10.* Sunt autem hæc, Sepulchra, quæ dividuntur in familiaria & hereditaria, *l. 5. §. 6. h. t.* Priora, in quæ nemo potest inferri, nisi qui sit de familia. Hereditaria sunt pro cunctis heredibus. Nempe in dominio non sunt, aliquo modo tamen in bonis, quod ad usum: quia de illis jus & actio competit. vid. *l. 2. §. 2. de Interdict.*

SCHOLIUM.

Hodie sunt utique, quamvis dissentiat Carpz. decis. 289. *usum tantum ad privatos spectare putans, dominium vero ad ecclesiam: nisi dicere velis, dominium privatorum esse utile, Ecclesiæ directum.*

Hodie igitur, restituta vel adempta hereditate, sepulchrorum jura simul adempta & restituta intelliguntur, contra *l. 33. h. & l. 44. §. 1. ad Sc. Trebell.* nisi familiaria sint, Grœneweg. *ad l. 33. h. t.*

3. Primum de sepulchris edictum, est in *l. 2. §. 2.* adversus eum, qui mortuum intulit in locum alieni juris, ille tenetur actione in factum, ut vel tollat cadaver, vel loci pretium solvat, *d. l. 2. §. 2. in f.* ac insuper multari potest, *d. §. 2. l. 2. h.*

SCHOLIUM.

Cujus hodiernus usus est, ratione sepulchrorum hereditariorum. Dn. Schilt. Ex. 21. th. Carpz. Jurispr. Eccles. lib. 2. d. 393.

RESPONSIO.

Quidni etiam ratione familiarium sepulchrorum, quibus idem juris adserendis atque tuendis, quod in hereditariis competere, necessum est?

N. ADDIT.

Ego vero hereditaria sepulchra hic non opposui familiaribus, sed sepulcris communibus in cœmiteriis. Ergo nulla inter nos lis est.

4. Alterum edictum, est in *l. 12. §. 2.* de actione funeraria, quæ datur ei, qui in funus alienum sumptus fecit, adversus eos, ad quos funus pertinet, ut sunt heredes *l. 14. §. ult.* Restitui debet quicquid necessario impensum fuit, habita ratione temporis, & dignitatis, *d. l. 14. §. 3. & 6.* Non aliter tamen datur hæc actio, quam si alia deficiat, *d. l. 14. §. 12.* quia extraordinaria est, bono & æquo accommodata. Igitur, si heres mandaverit, actio mandati datur; qui tamen heredis quasi negotium gessit, is adhuc Funerariam habet, *d. l. 14. §. 16.* licet Cujacius tum negotiorum gestorum det, sed imitatur illam Funeraria.

SCHOLIUM.

Imo revera & accurate loquendo, est species actionis negotiorum gestorum. vid. Struv. h. t. th. 85. *Quoniam tamen quibusdam hac parte dubium oriri poterat, nimiam subtilitatem spectantibus, voluit Prætor aperte actionem peculiarem constituere. Conf.* Dn. Schilt. d. Exerc. 21. th. 27.

5. Funerandi officium convenit alioquin ei, quem testator elegit, qui cessans tenetur de dolo, & amittit quod relictum est, & præterea extra ordinem compellitur a prætore, *l. 12. §. 4. d. l. 14. §. 2.* Debent tamen & hi modum servare civilem, etsi testator modum excedi voluerit, *d. l. 11. §. 6.* nec ejus voluntati parere debet heres, si insepultum se relinqui, vel abjici jubeat, *l. 27. de Cond. inst.*

inst. Si vero homini locupleti modicum funus & sordidum duxerit, perdit actionem, *d. l. 14. §. 10.*

6 Prædita est hæc actio insigni privilegio, ut præferatur omni credito, etiam hypothecario, & privilegiato, *l. 18. & 19. h. t.* idque omnes exercent, qui ad funus crediderunt, licet id non procuraverint; quod moribus hodiernis ad sumptus in morbum defuncti factos extenditur, eum opinor, qui fatalis fuit.

SCHOLIUM.

Item cæteris paribus, in convivium funerale, & sumptus ornamentorum. Dn. Schilt. th. 29. 30. *Adde* Carpz. P. 1. C. 28. d. 41. & 45. Berlich. P. 1. Concl. 64. n. 90. & l. 37. h. t.

7. Tertia pars rubr. est, ut funus ducere liceat,* quo pertinet *l. 38. h. t.* ubi Præsidis officium esse dicitur, providere, ne corpora aut ossa mortuorum detineantur, aut vexentur, quod etiam prohibitum est per *Nov. 60. c. 1. & 116. c. 5.* eaque de causa heredi actio injuriarum datur, *l. 1. §. 6. de Injur.* Ad *tit. de sepulchro violato*, rursus hac de re videndum erit. Cessat hæc actio, si pietatis, non repetendi, animo impensum sit, quod tamen temperandum juxta *§. 7. d. l.* item ex *§. 9. d. l. 14.*

TIT. VIII.

De Mortuo inferendo, & de sepulchro ædificando.

Superiore titulo cautum est, ut funus ducere liceat. Edictum tamen in eam sententiam nullum reperitur; at hoc in *l. 1. h. t.* videtur esse relatum. Ex quo is, qui prohibetur, aut statim interdicto potest uti, aut alio inferre mortuum, & postea in factum agere in id quod interest, juxta *l. 9. tit. præced.* Ad istum igitur titulum pertinet actio in factum, quæ post prohibitionem datur: hujus rubricæ est Interdictum in re præsenti, quod jam diximus. Daturque id etiam iis, qui jus inferendi mortuum non habent, modo locus sit ipsorum, proprietate nuda, vel communis, *l. 1. §. 2. & l. 2. §. 4. de Religios.* Nec enim merita causæ in hoc interdicto tam stricte examinantur; mos prohibendi sepulturam displicet Prætori: Summam ducit esse rationem, quæ pro religione facit, *l. 43. de Religios.* Struv. *Ex. 15. n. 94.*

SCHOLIUM.

Committuntur l. 2. §. 1. ff. de Religiosis. & l. 6. §. 6. ff. Comm. divid. *vid.* Strauch. VI. 7. & ibid. not. p. 62. seqq.

RESPONSIO.

In l. 2. §. 1. *habetur, socium, si ignorante socio, mortuum intulerit in locum communem, teneri judicio familiæ erciscundæ, vel communi dividundo. In* l. 6 §. 6. *quanquam eo casu locus non sit factus religiosus, tamen in factum agendum contra socium. Hæc non sunt contraria. Actio communi dividundo datur in id quod interest, locum communem sepultura non esse inutilem factum, hoc est in* l. 2. §. 1. *idque tametsi locus non sit religiosus factus,* l. 6. §. 6. *Concurrit actio in factum, sed quænam illa? Strauchius intelligit eam, quæ datur in extraneum, qui altero sociorum permittente, mortuum intulit. Eum refellit Thomasius. Ipse eum Merillio & Struvio* exerc. 15. n. 94. *intelligit actionem in factum, quæ detur socio inferenti mortuum, adversus alterum id prohibentem. Nam ex iis, quæ diximus, quanquam socius, altero invito, non habet jus inferendi mortuum in locum communem purum, si tamen prohibeatur, habet actionem in factum, quæ est hujus tituli,* l. 43. de Religios. *Ego subsisto; nam actio in factum datur in id quod interest, non ad factum sepulturæ obtinendum. Ad hoc est interdictum, quod sane datur socio contra invitum socium, ne cadavera jaceant insepulta,* d. l. 43. & l. 9. eod. tit. de Relig. *sed actio in factum nulli, quam cujus vere interfuit, datur. Atqui non interfuit inferentis, quia nullum jus inferendi habuit, hoc fuit penes alterum, qui propterea communi dividundo agere potest. Dicamus igitur, in* l. 6. § 6. *dari actionem in factum socio, cujus ingratiis mortuus illa-*

* Occasione hujus tituli observare licebit, Jus Saxon. Electorale honestam sepulturam denegare, (1) Usurariis manifestis, *Mand. El. d. An. 1625.* von wucherlichen Contracten. §. So wollen wir. (2) iis. qui in bannum Ecclesiasticum declarati, sine pœnitentia decedunt, *Art. gen. 11.* §. im Fall. Carpzov. *Jurisp. Consist. lib. 2. d. 381.* (3) ei, qui aliquem in duello occidit & capite punitur, *Mand. El. d. An. 1665.* §. Welcher aber. *App. Corp. Jur. Sax. p. 35.* ei, qui in duello periit, non æque, *Mand. El. d. An. 1670.* §. Derjenige. *App. Corp. Jur. Sax. p. 37.* Quod mutatum est per *Mand. noviss. Regium* von der Selbst-Rache und Duellen. *§. 30. & 31.* ubi & occidentium & occisorum cadavera, si personæ sint nobiles aut nobilium privilegiis fruantur, extra cœmeterium in loco delinquentium sepulturæ destinato humari, alias furca suspendi jubentur.

tus est, ad id quod interest sua, secundum l. 3. *ut ea, concurrat cum actione communi dividundo. Tum sensus erit in* d. l. 6. §. 6. *Quanquam locus non sit religiosus, tamen quia summa ratio est sepulturæ, maneat cadaver, sed alteri salva sit actio in id quod interest.*

N. ADDIT.

Nos apponemus verba notæ ad Strauchium, ad quæ provocat Scholium, & judicium de tota controversia relinquemus lectori. Quæritur, quid si socius de facto intulerit mortuum invito aut inscio socio, quam actionem socius invitus habeat adversus socium inferentem? Videntur pugnare l. 2. §. 1. de relig. & sumpt. funer. & l. 6. §. 6. ff. comm. divid. *In priori enim dicitur, quod socius inferens conveniri possit actione communi dividundo, ut scil. pretium refundat;* in l. 6. *vero §. 6. dicitur, quod etiam conveniri possit actione in factum, scil. de religiosis, non ut pretium solvat, sed ut mortuum illatum tollat. Respondet Autor,* (Strauchius) l. 6. §. 6. *non loqui de actione, qua detur adversus socium inferentem, sed qua detur adversus extraneum, qui consentiente uno socio intulerit. Verum hanc responsionem non admittunt verba initialia* d. §. 6. si quis in communem locum mortuum intulerit, *quæ innuunt, mortuum non ab extraneo, sed ab ipso socio illatum esse. Placet ergo responsio Merillii: per actionem in factum non intelligi actionem de religiosis, sed de mortuo inferendo, adeoque* d. l. 6. *non loqui de actione, quæ detur socio invito adversus socium inferentem, sed quæ detur socio inferenti, aut inferre volenti, adversus socium invitum illationi contradicentem, aut illatum de facto ejicere volentem, cui responsioni favet* l. 43. de relig. *eamque prolixius declarat* Struv. exerc. 15. th. 94. *junct.* th. 77.

Digestorum seu Pandect. Pars Tertia.

LIB. XII.

Tit. I.

De rebus Creditis, si certum petatur, & de condictione.

I. Continuatio, & Crediti significatio cunctis propria Contractibus. II. Extendi ad delicta, sed improprie, sicut consensus in his non nisi improprie, ubi de emendatione Lipsiana in Tacit. lib. 12. c. 53. *III. Strictius de Mutuo Creditum dici. IV. De hoc remissive: requiri dominium ad mutuum jure contrahendum: posse tamen & indirecte, ubi dominium cessat. V. Qua ratione Mutuum ex postfacto convalescat. VI. Omnes dare posse pecuniam mutuo, etiam Magistratus provinciales, sed non fœnebrem. VII. Ad* l. 16. C. si cert. pet. *comment. VIII. Quæstio memorabilis de Mutuo Civitatum, & duplex ejus consideratio. IX. Quinam possint accipere Mutuum, cum hoc effectu, ut bona civitatis publica devinciantur, & quando probandum sit, pecuniam in rem Civitatis esse versam. X. Non esse idem juris ad hunc effectum obtinendum, ut cives de suis patrimoniis solvere cogantur, idque ad hypothesin deducitur. XI. Communem esse distinctionem inter magistratus populum repræsentantes, & secus, eamque verissimam in civitatibus liberis, non in municipalibus. XII. Quia Magistratus municipales non repræsentant populos, quibus præpositi sunt, idque exemplo inducitur. XIII. Inde aliud nasci argumentum, quod magistratus municipales suos cives ex Mutuo obligare non possunt. XIV. Conclusio Quæstionis. XV. De Actionibus pecuniæ creditæ.*

INcipit tertia Pars Digestorum Justiniani, in qua Cæsar, postquam de actionibus in Rem universalibus, singularibus, & incorporalibus, de mixtis, in Rem scriptis, earumque accessoriis actionibus egit, tractandum sibi proponit de Judiciis mere Personalibus, earumque Principiis, quæ sunt Contractus, & illorum adfectiones; quibus cum generaliter significatio CREDITI convenire videretur, placuit inde prima Rubrica, *de Rebus Creditis*, quarum vocum generalem sensum heic valuisse, non patitur dubitare JCtus in *l. 1. h. t. Credendi, ut Celsus ait, generalis appellatio est; complectitur enim omnes Contractus, quos alienam fidem secuti instituimus: Ideo Prætor rerum creditarum titulum præmisit* GENERALEM. Est igitur *Credere*, nihil aliud quam alienam

nam fidem sequi, ut Ulpianus *docet*; ac ideo maxime Contractibus adscribitur. Nam cuicunque rei adsentiamur, alienam fidem sequuti, mox recepturi quid ex hoc Contractu, *Credere* dicimur, ait idem rursus in *fin. d. l. 1.* Sic etiam Plato *lib. 1. d. LL.* cum ex Simonide, jus esse dixisset, τ' ἀληθῆ λέγειν, vera dicere, mox addit, τὸ τὰ ὀφειλόμενα ἑκάστῳ ἀποδιδόναι, δίκαιόν ἐστι, *Jus est, cuique tribuere, quod ei debetur.* Contractus igitur observare, nihil est aliud quam τ' ἀληθῆ λέγειν, *vera dicere*, fidem servare, quam invicem secuti sumus.

2. Abiit deinceps, ut fit, vox Crediti in latiorem, inde in angustiorem significationem; Placet enim, Creditorum appellatione non hos tantum accipi, qui pecuniam crediderunt, sed omnes, quibus ex qualibet causa debetur, adeo ut etiam is, cui ex delicto debetur, Creditoris loco esse intelligatur, *l. 11. & 22. de R. J.* Contra quam thesin, movet ac removet aliquas difficultates D. Wissenbach. *ad h. t. th. 3. & 4.* Tametsi quod hanc significationem e consensu, qui fit etiam in delictis, illustrat, nihil aliud efficit, quam quod improprietatem hujus vocabuli in materia delictorum magis in conspicuo ponit. Ægre fert etiam, quod Cujacius emendationem Lipsii, in Tacito, qui scribit *12. Annal. c. 53.* feminas, quæ cum servis, ignaro domino conjungerentur, habitum iri pro talibus, *quæ in servitutem sui consensissent*, probat & laudat. Quippe Lipsius eam locutionem, *in servitutem sui consensissent*, non potest concoquere; Emendat, *si consensissent*, καὶ τὰ ἑξῆς, quam lectionem *ne veri quidem ullam speciem habere*, dicit Wissenbachius, *ut ut summis eam laudibus extollat Cujacius*, inquit, *21. obs. 16.* Scilicet, laudare non didicerat Vir optimus, præceptor ille noster; nec sciebat quam bla ida vi id genus inventiones sedeant auctoribus, ut illas non laudare, salva amicitia, non magis liceat, quam ἀντιβίην μαχέσασθαι. Cujacius Lipsii amicus durare cupiens, bene consuluit; etsi qualis esset emendatio, referre ne curæ quidem habuerit. Equidem laudandi sunt, qui hanc, omnia laudandi viam insistunt; etsi nescio, qui fiat, ut nec Wissenbachius, nec ei similes, hanc viam laudabilem usquequaque tenere queant; minimum malum est, non laudari vicissim: ast utinam hactenus!

3. Hæc igitur latissima significatio notam improprietatis habet. Alia strictior est in usu, *Crediti* appellatio, qua de *Mutuo* sumitur, sine diminutione, magis vero cum intentione proprietatis: Etenim in Mutuo sunt ejusmodi res, *quarum datione possumus ire in Creditum*, ut Paulus ait *in l. 1. §. 1. h. t.* pro quibus tantundem potest ac solet restitui, nec usquam mutuæ fidei relatio & usus est evidentior: Unde creditæ pecuniæ pro mutuo datis *passim*, tam apud alios, quam Juris auctores, *l. 15. & l. 41. in med. h. t. l. 9. fin. pr. de Auct. tut.* Atque ea ratione de Mutuo sub hac Rubrica potissimum agitur, nec aliud fere quicquam.

4. Nos de MUTUO ad Institutiones egimus pleno contextu. Vid. *Part. I. lib. 3. tit. 15.* Habuimus definitionem, & ejus exegesin; Quæstionem Salmasianam, an mutuum sit alienatio; an in plus quam datum est, valeat obligatio; de mutatione monetæ quid juris; & an diverso genere nummorum solvere liceat; denique de Actione Mutui, quæ est condictio certi, adeoque cunctis Rubricæ partibus, defuncti esse videmur. Sed locus de personis, quæ mutuum dare, & accipere possint, superest. Dandi Mutui potestas, in genere competit dominis habentibus rerum suarum administrationem, *l. 2. §. 4 h. t. §. ult. in. pr. Inst. Quib. alien. lic.* A quibus abest dominium, ab his mutuum datum non valet, nisi ex persona domini, non modo si mandaverint, sed etiam ex tacita voluntate, quæ intelligitur, quando filiusf. aut servus pecuniam profectitiam, quæ Patris est, dominive, dant mutuo, *l. 4. §. pen. h. t.* Quia tamen Mutui usus valde frequens est, nec ob repentinos usus subtilitate juris potest circumscribi, singularia quædam circa illud recepta dicuntur in *l. 15.* qualia sunt hæc frequentia: Petis a me pecuniam mutuo, non est ad manus; mitto te ad debitorem meum, ut is tibi det; Ille dat. Hi nummi nunquam mei fuerunt, tamen mihi datur Condictio, *d. l. 15.* Item; debes mihi pecuniam; Rogas ut liceat eam tibi retinere mutuam, Permitto. Nummi non fuere mei; tamen esse mutuum non dubitat Ulpianus *in l. 15.* sed negat Africanus in *l. 34. Mandati*, disputans etiam, ut videtur, contra Ulpianum & ejus rationem impugnans, ut difficile dictu sit, eam non esse antinomiam: sed Ulpiani sententia civilior est eaque utimur, *d. l. 15.* Iterum, si meos nummos alii dedero nomine tuo, te volente, quanquam tu non fueris dominus, actionem Mutui tamen habes, *l. 9. §. 8. h. t.* Imo etiam habes actionem, etsi quod a me actum est, ignoraveris; modo pecuniam tuo, inquam, nomine dedero, non tantum condictionem, sed & hypothecariam habes, *l. 2. C. per quas person. cuique acquir.* quæ procul ab ordinariis Juris regulis discedere, manifestum est.

5. Si

5. Si dator mutui non sit dominus pecuniæ, nec eam nomine domini numeraverit, nullum est Mutuum inde ab initio; sed deinceps convalescere potest, duobus modis. Primo, per consumptionem bona fide factam, *l. 11. in fin.* cum *l. 13. h. t.* Secundo, per stipulationem de reddenda pecunia, *l. 2. C. Si cert. pet. l. 56. §. 2. de Fidejuss.* Dominus ipse tum non habet actionem ex Mutuo, adversus eum, qui pecuniam ipsius a non domino accepit; nisi dator mutui & stipulator suum jus illi cesserit, *d. l. 2.* Vindicare tamen ipsa nummorum suorum corpora, si adhuc supersint, non prohibetur, *§. ult. in pr. Quib. alien. licet.* Quando igitur non dominus stipulationem reddendi pecuniam omisit, actionem ex Mutuo fundare debet in Consumptione, *d. l. 11. & 13.* quam tamen & domino quoque cedere potest, *arg. d. l. 2. C. h. t.* Eodem modo consumptionis, Mutuum convalescit, si pecunia data sit a dominis quidem, sed non habentibus rerum suarum administrationem, ut si pupillus mutuum dederit, *d. §. ult. in pr.* ubi diximus in *Parte I. lib. 2. t. 8. n. 4.* idem, si furiosus dederit, *l. 12. h. t.* Denique, si cum daret quis pecuniam, dominus ejus non fuerit, postea vero factus sit dominus, Mutuum convalescit; ut exemplo declaratur in *l. 8. vers. item si. h. t.* ubi heres pecuniam legatam, cujus dominium erat penes Legatarium, mutuo dedit; eoque facto, Legatarius repudiavit, ac ita dominium redit magis quam remansit apud heredem; etsi perinde sit ac si remansisset, quod indicat Pomponius his verbis; *quia heredis ex die aditæ hereditatis videntur nummi fuisse*, juncta *l. 80. de Legat. 2. & leg. 64. de Furt. in fin.* Denique, conditionis adjectionem instar aliorum contractuum recipere Mutuum, non est dubium, ut existentia conditionis sit etiam casus mutui confirmandi, *d. l. 8. in pr.*

6. Genus hominum a Mutuo contrahendo nullum excluditur, quia contractus est beneficus & generi humano inprimis amicus. Nemo prohibetur Mutuum dare, ne quidem Magistratus, & Præsides Provinciarum, eorumve ministri; quis enim prohibeat δανείζειν μηδὲν ἀπελπίζοντας, *mutuum dare nihil inde sperantes*; quale Mutuum Christus dominus sectatoribus suis commendat? Quod igitur in *l. 33. h. t.* habetur, eos, qui Provincias regunt, quive circa eos sunt, mutuam pecuniam dare fœnusve exercere prohiberi, non disjunctim, sed ἐξηγητικῶς capiendum, *ne mutuam pecuniam fœnebrem exerceant*, quod addita prohibitio *negotiandi* confirmat. Rationes hujus prohibitionis variæ traduntur: I. Ne Magistratus imperio potius, quam debitorum commodo, pecunias fœnori obtrudant, *arg. l. un. C. de contract. jud.* II. Ne hoc prætextu corruptiones tegantur. III. Ne a publicis curis abstrahantur. Haud spernendæ rationes; nisi convenirent etiam perpetuis Magistratibus eorumque officialibus, quos fœnebrem dare posse pecuniam, docet *l. 34. h. t.* Pertinet igitur ista prohibitio ad Præsides Provinciarum temporarios, quorum licentia tanto subjectis infestior erat, quanto brevius se defuncturos intelligebant: Qui perpetuam in provincia sedem habebant, ab hoc usitatissimo exercendi patrimonii instituto, non poterant excludi. Denique, Recipere pecuniam fœnebrem, Magistratus nunquam prohibiti sunt, *d. l. 34. §. 1.* nisi quod Honorius & Theodos. *in l. 16. C. Si cert. pet. Judici* fœnebrem pecuniam mutuare vetant, *qua judici*, ni fallor, ut interdictio ad litigantes solos pertineat, qua de re vid. D. Wissenbach. *h. th. 15.*

7. Nec vero tamen omnino temere esse videtur, quod Salmasius proposuit *lib. de Usur. c. 5. pag. 106.* prohiberi illic Mutuum dari Judicibus, in casum atque in hunc eventum, *si Imperium Provinciæ illis sit prorogatum.* Verba sunt, *Quisquis Judici fœnebrem pecuniam mutuaverit, si in Provincia fuerit versatus.* Quid sibi volunt hæc verba? Scimus, quid sit in Provincia versari, quod exponit D. Wissenbach: verum quid est, mutuam pecuniam alicui dare, *si in Provincia fuerit versatus*? hoc non est, *qua judici.* Salmasius legit *servatus*, ut mutuum intelligatur datum, *si Provinciæ imperium*, fuerit *servatum*, id est, continuatum Judici; cui tum bene cohæret altera prohibitio, ne quis collectarius sive fœnerator, ambienti honorem det mutuum *in honoris pretium*, sub exilii pœna. Quod si hodie servaretur, næ ingens officiorum nundinatoribus repagulum imponeretur. Salmasii emendationem improbat D. Wissenbach. *ad h. t. th. 15.* sed his verbis, *si in Provincia fuerit versatus*, non adhibet convenientem interpretationem. Doctrinam tamen, quod Judici qua tali, non liceat mutuari pecuniam, recte se habere, facile credimus Wissenbachio & citatis ab illo auctoribus, etsi heic diserte non traderetur, *arg. l. 3. & ult. C. ad L. Jul. Repetund.* Huc etiam pertinet, quod apud nos Executoribus Litium prohibetur, mutuam dare pecuniam condemnatis, quibus ad solutionem compellendis delegati sunt; nec salaria sibi debita convertere in obligationem mutui, quod alioqui non est prohibitum, *l. 6. C. Si cert. pet.* Ita sancitum ab Ordinibus

dinibus Frisiæ decreto, quod est de *die 3. Martii 1624. art. 8.*

8. De Mutuo Civitatum, est Lex 27. *h. t.* Ulpianus; *Civitas mutui datione potest obligari, si ad utilitatem ejus pecuniæ versæ sunt; alioquin ipsi soli, qui contraxerunt, non civitas tenebuntur.* Hac de re novissimis annis in Frisia celebris apud Curiam disceptatio fuit, adversus aliquot Civitates ære alieno longe supra vires publici patrimonii gravatas; ita ut Creditores ipsos Cives, ut de suo Patrimonio solverent, in jus vocarint; postquam Apparitor Curiæ, signo publicæ campanæ dato incolas cujusdam urbis, ut *alibi* dictum, voce quoque viva citasset. Res est magni usus, & dignissimæ observationis, de qua vir Cl. & Amplissimus *Sylvester Jacobus* DANKELMAN, olim Collega meus in Facultate Juridica honoratissimus, nunc Imperialis Cameræ Spirensis, nomine Serenissimi Electoris Brandenburgici Adsessor dignissimus, & ego, a Creditoribus consulti respondimus, & dein apud Curiam, meo tempore, sed ob præjudicium, me non suffragante, judicatum est. Quæstionis difficultas valde prævenitur, si duplicem ejus finem distincte consideremus, quod non fit communiter. Primus est hic; quatenus actio detur adversus universitatem qua talem, & executio fiat in bona publica Civitatis. Secundo, ut omnes & singuli cives conveniantur, deque suis privatis pecuniis, quod satis ad solutionem sit, conferre teneantur.

9. Quod ad priorem quæsiti intentionem attinet, distinguendum est, utrum Administratores, a Civitate rebus pecuniisque Reipublicæ præpositi, pecuniam mutuam acceperint, an hi, penes quos est τὸ πολίτευμα, *regimen Civitatis*, quales sunt Senatores, Tribuni plebis, & magistri Collegiorum, ajunt Struvius *ad h. t. n. 18.* & Thomasius *ad posit. nostram 5. h. t.* apud nos fere Consules & Decuriones eas partes occupant. Si administratores, veluti Quæstores, aliique præfecti, pecunias nomine Civitatis acceperint, nihil difficultatis est, quin non aliter civitas teneatur, quam si pecuniam in rem civitatis versam esse constiterit; quando illi nullam potestatem obligandi civitatem aliter quam ex Re, id est, ex eo quod ad illam pervenit, præ se ferre possunt. Enimvero si universitas speciale mandatum illis, de mutuo accipiendo dederit, nihil hærendum est, quin teneatur indistincte, licet pecuniæ in rem universitatis versæ non fuerint, quemadmodum in privatis ejusmodi mandatum edentibus, usu venire constat. Qui servum habet negotiationi mutuisque pecuniis accipiendis præpositum, tenetur, saltem utiliter, de mutuo dato, licet creditor probare non possit, mercium causa pecuniam fuisse creditam, *l. 13. de Instit. act.* Idem in exercitore navis obtinet, qui ex Mutuo Magistri conveutus tenetur, etsi magister in suos usus pecuniam converterit, *l. 1. §. 9. D. de Exercit. act. l. ult. eod. tit.* quia navi illum & transmarinæ negotiationi præponens, scire debebat, eam rem sine potestate mutuam aliquando pecuniam accipiendi non posse regi, ut præpositio instar mandati fuerit. Ita de Mandato Universitatis judicatum est a Curia Suprema, apud Sandium *lib. 3. tit. 2. def. 3.* ubi Præfectus cujusdam Præturæ, acceptam mandato incolarum pecuniam in suos usus converterat. Ipsa universitas Creditoribus nihil omiuus condemnata est, neque spernendum, quod habet eo loco monitum prudentiæ, Sandius e Mornacio. Nostro tempore similes non defuere casus, cum bello Anglo-Gallicano, publica Provinciæ fide quassata, Præturis & civitatibus injunctum est, pecunias quærere mutuas, & Provinciæ rursus credere. Sunt reperti mandatarii, qui Chirographa, quibus Præturæ rursus obligatam habebant Provinciam, venderent, pecuniamque dissiparent: Præturæ nihilominus ex suo mandato Creditoribus sunt condemnatæ. Quando autem Rectores cujusque civitatis, penes quos est plenum universitatis regimen, pecunias accepere mutuas, non cunctabimur idem adfirmare, quod de Magistris, qui universæ navi præponuntur, intelleximus, ut civitas inde teneatur, etsi pecunia in rem ejus conversa non fuerit, *arg. dd. ll.* & per ea, quæ *Struvius* aliique ab illo citati in hanc rem protulerunt.

10. Hactenus de primo hujus Quæstionis latere. Sequitur consideratio, an ipsi cives de suis bonis, publica debita solvere debeant. Nam prædicti Auctores non videntur in hac Quæstione distinguere, inter universitatem qua talem, ejusque bona, & omnes ac singulos cives; verum ubi mutuum per Rectores civitatis summos contractum est, ipsos cives, si aliunde solvi non possit, de suo ad solutionem conferre cogendos esse, non obscure statuunt; idque eos sentire, tam inde colligitur, quod universitatem absolute dicunt teneri, nec ullius meminere distinctionis, quam quod mutuo a Magistratibus & Tribunis sumpto, comparant casum, quo ipsi omnes cives convocati, (licet quidam non comparuerint, *l. 45. C. de Decuri-*

curion.) in mutuum accipiendum consentiunt, aut communibus suffragiis nominatim ad contrahendum auctorem constituant; quibus casibus, nemo negare potest, omnes ac singulos cives obligatos; *ut singuli ad exsolvendum æs alienum Reip. portionem suam conferant*, ait Seneca de Civitatis debito, *lib. 6. de Benef. cap. 19.* Eodem modo volunt illi, Cives teneri, quando Rectores civitatum, penes quos est plenum ejus regimen, pecunias acceperunt, ac si ipsi consensu speciali, votis collatis, se ad restituendum obligassent. Nos tamen aliter respondimus, aliterque a Suprema Curia judicatum est, *in prædicta causa Creditorum Doccumanorum adversus ejus civitatis municipes;* Intentio Creditorum fuit, cum narrassent, Magistratus & Decuriones Civitatis Doccumanæ, repræsentantes ibi populum omnesque cives & incolas, ab aliquot annis negotiatos esse, & accepisse fœnori multa millia florenorum; pro quorum solutione eum Creditores agerent adversus Magistratus & Decuriones Civitatis, factum erat, ut illi demonstraverint, publica Civitatis bona nullo modo paria esse solutioni. Quapropter ipsi contendebant, ut omnes ac singuli cives & incolæ Civitatis condemnarentur, ad contribuendum & in commune conferendum, quantum post distractionem publicorum civitatis bonorum, suæ satisfactioni deesse compertum foret.

11. Consentiens fere distinctio ad hujus Quæsiti decisionem invaluit, quam etiam Patroni Creditorum Doccumanorum in conspectu habuerunt, utrum Magistratus & Rectores Civitatis, qui Mutuum acceperunt, habeant qualitatem *populum repræsentandi*, an secus. Voce repræsentationis, designant ejusmodi qualitatem, per quam intelligamus, quicquid Rectores agunt, id ipsum populum agere censeri. Ita Hartm. Pistoris *lib. 1. Qu. 37. n. 5. & 6.* Maulius *thesaur. theor. pract. de Mut. tit. 4. n. 11.* Mævius *ad jus Lubec. lib. 1. tit. 1. n. 69. & 72.* Struvius ad *d. t. n. 16.* & quos ille præterea citat. Hanc distinctionem in thesi esse verissimam, non potest negari. Nam si ratio possit iniri, qua Mutuum per paucos contractum, perinde valeat, ac si ab omnibus & singulis esset initum, res ipsa loquitur, omnes & singulos etiam ad solvendum teneri, nec minus heredes suos relinquere obligatos, quin etiam successores & novos universitatis incolas, qui Civitati se aggregantes, oneribus ejus subducere se nequeunt. In applicatione distinctionis est difficultas, in quibus illa civitatibus locum habeat. Equidem in Republ. libera talem esse repræsentationem, inter omnes privati publicique Juris interpretes constat; ut quicquid Imperantes egerunt, id universus populus egisse videatur, quo fundamento jus belli, & repressaliorum, aliaque plurima nituntur; Nec enim salva juris ratione Cives e Decretis factisque aliorum, lædi spoliarique possent, ut fit jure Gentium, si non quod Principes contraxerunt, admiserunt, id ipsi fecisse, contraxisse judicarentur. Quare quod Principes aut Rectores liberorum populorum, ex mutuo & quovis alio contractu debent, ad id populum sine discrimine solvendum teneri, fere est sine controversia, nec ad hunc locum pertinet. Hic videndum, an Civitates municipales, quæ sunt membra subjecta majoris imperii, habeant Rectores, in quibus sit ejusmodi vis repræsentandi, ut quicquid illi nomine civitatis agunt, contrahunt, hoc Civitas ipsa & omnia membra ejus agere videantur, quod fere illi scriptores volunt, sed quod nos jam negatum *ad tit. Quod cujusque universit. nom. n. 2.* heic loci paulo plenius excutiemus.

12. Populus naturaliter sui juris, nec ulla vi subactus, potest vel ipse res suas agere, summas per se, minora per ministros & mandatarios, (quæ est ratio popularis Reipubl,) vel tædio confusionis, omittere conventus imperii causa, suumque jus in optimates, aut singulos conferre; qui tum libera potestate instructi, vere populum repræsentant, ut omnia, quæ lege prævia limitata non sunt, cum eodem effectu agere possint, atque si in quoque negotio Cives consensissent. Summa potestas ita jus suum a populo nacta, eumque sua voluntate repræsentans, ut ipse nullos imperii actus amplius exerceat, cum omnia per se administrare nequeat, magistratus & officiorum ministros, super universitates inferiores, civitates, pagosve constituit, iisque jura, limitesque potestatis in subjectos exercendæ præscribit, ita ut magistratus suum jus non a populo, verum a Summa potestate adipiscantur; quo pertinet, quod est in omnium ore Politicorum & juris interpretum, ***nullam esse jurisdictionem, aut genus imperii, quod non a Summa Potestate defluat ac ab ea dependeat;*** etsi forte populi singularum universitatum, adhuc aliquid juris in eligendis Magistratibus exerceant; hoc enim ad modum exercitii, non ad jus potestatis referendum est; populi singulorum locorum, ipsi a summa potestate dependent, & quicquid juris habent,

bent, si non lege fundamentali stabilitum sit, delegatione summæ potestatis exercent; utique facultates & limites imperii, quod datur Magistratibus a populo eligendis, ab summa potestate proficiscuntur: quod ad hujus quæsiti momentum sufficit. Hinc evidens est, Magistratus non repræsentare populum, a quo nihil potestatis accipiunt, sed personam & vicem summæ Potestatis; nec habere tantum juris, quantum populus iis dedit, sed quantum a Summa potestate acceperunt. Minimeque omnium dici potest; quicquid Magistratus & Rectores universitatum faciunt, hoc populum quasi per se suaque voluntate facere videri; verum in omnibus illis videndum, an quod Magistratus egerunt, cum mandato, quod habent a summa potestate, conveniat: Populus subjectus, potestatis eorum limites neque extendere, nec coarctare potest. Exempli gratia; Populus alicujus civitatis Frisicæ cupit dare suis Magistratibus Jurisdictionem criminalem, quam non habent, jusve tributa & vectigalia imponendi. Certum est, non posse: simulque certum, potestatem Magistratuum cujusque loci, non profluere a singulis populis, nec ab illorum voluntate, sed unice a præscripto Summæ potestatis. Hoc jam propius ita nostræ hypothesi admovetur. Si magistratus cæterique Rectores municipiorum, cives suos per contractum Mutui obligare possint, hoc vel habent ex repræsentatione populi, propterea quod hic tale jus Rectoribus suis dederit, ut quicquid egerint, ipse populus id agere censeatur, omniaque suo arbitratu disponant; vel habent hoc ex Mandato summæ potestatis. Ex repræsentatione, tacitaque vel expressa populi voluntate, non habere Rectores universitatum illud jus, jam demonstratum est. Summa potestas dat Magistratibus potestatem exequendi sua mandata, res quotidiani regiminis administrandi, & de bonis Civitatis, commodo publico, disponendi; sub lege, reddendi rationes Principi. Non dat illis potestatem pecunias extra ordinem civibus imperandi, eosque cum suis patrimoniis privatis obligandi. Nihil tale possunt magistratus municipales, nisi ex speciali concessione Summæ Potestatis, ne quidem summa alioquin urgente necessitate, ut recte Busius addit ad *l. 1. π. quod cujusque univers. nom. n. 5.*

13. Inde novum oritur argumentum, quo probatur, Rectores municipiorum, cives obligatione mutui non posse complecti, ut ipsi de suo Creditoribus satisfacere cogantur. Nam imponere alicui necessitatem solvendi post annum, *ut in mutuo*, & injungere solutionem post octiduum, vel cis triduum, est ejusdem facultatis; qui posterius non potest, prius nihilo magis posse dicendus est. Atqui Magistratus municipiorum non posse populo suo imponere præstationem pecuniariam, sine auctoritate superioris, non juris ac moris, ut dictum, & inter nos certæ observantiæ est. Si tu quæras; an populus municipii alicujus, Magistratui suo non possit facere potestatem in usus publicos accipiendi pecuniam mutuam, cum hoc effectu, ut singuli de suo teneantur ad solvendum? Respondeo, posse ad certas causas specialiter, non posse in universum; quoniam hoc non minus foret, quam tributi indicendi potestas. Sed consensus ille specialis, non est opus regiminis aut ordinis publici, in quo pluralitati suffragiorum locus sit, aut quo novi incolæ similiter obligentur; Non potest habere majorem vim, quam plurium de re ad commoda sua pertinente consensus habet: pluralitas suffragiorum non nisi a vi superiore, vel a prævia partium submissione, minorem numerum obligare potest, *l. 7. §. ult. de Pact.* non obstante, quod Struvius habet ex Losæo *d. n. 18. h. t.* civibus convocatis, omnes teneri, *licet quidam non comparuerint*, idque probat ex *l. 45. C. de Decurion.* est *l. 46.* quæ agit de electione Curialium, quæ res cum ad regimen publicum spectet, nihil habet commune cum obligatione Mutui; Ac ita, quod in materia contractuum reique patrimonialis, non habeat locum Prærogativa numeri suffragiorum, tradit Bartolus ad *l. 7. ff. Quod cujusque universit. nom.* Peck. *tract. de jur. sist. c. 4. n. 17.* Busius ad *l. 1. D. Quod cujusque universit. nom.*

14. Res tandem huc redit, ut decisio Quæstionis in Bartoli distinctionem resolvatur, quam habet ad *d. l. 7. D. Quod cujusque Univers. nom.* inter Civitates, quæ jus Regalium & Superioritatis habent, quales sunt etiam Liberæ Civitates Germaniæ, ac inter municipales civitates, quæ superiorem agnoscunt; cum in illis potestas imperantium a populo immediate profecta, recipiat absolutam populi repræsentationem; in his repræsentatio, sicut potestas, non oriatur a subditis, verum a summa potestate descendat; quam distinctionem Losæus & Gailius, cæterique superius adducti sequuntur, ut & Busius *ad l. 27. D. de Reb. Cred. n. 6.* verb. *in Civitatibus Germaniæ Liberis*. Secundum hæc Creditores Civitatis Doccumanæ, & deinde Franekerensis, condemnatio-

nes adversus Civitates qua tales, & executionem in bona universitatis adepti sunt; adversus ipsos Cives, ut hi quod deesset conferre cogerentur, non est admissa Doccumanorum intentio, *in causa prædicta*.

15. Porro actionem ex Mutuo non aliam nasci, quam quæ datur ex omni Contractu, unde Certum petitur, & est ac vocatur Condictio Certi, diximus ad *tit. Inst.* Eaque datur ex ipso Contractu Mutui, id est numeratione pecuniæ, *pr. Inst. Quib. mod. Re Contrah. obl. fine pr.* juncta *l. 9. in pr. h. t.* Et hactenus instar beneficii præfert hic contractus; sed cum rarescerет illa mutuo dantium generositas, accessit stipulatio de reddenda pecunia; quæ tam familiaris est facta Mutuo, ut vix unquam omitteretur, omissio autem pro insigni argumento negligentiæ aut generositatis haberetur; quo pertinet notum Attici exemplum Cornelio Nepoti *in ejus vita* memoratum, qui Fulviæ Antonii uxori, rebus eorum adflictissimis pecunias *sine stipulatione* credebat, quasi securus repetendi. Datur tamen condictio, licet absit stipulatio reddendi; datur condictio, licet mutuum Re non sit contractum, ut *supra* intelleximus ex *l. 22. C. Si cert. pet.* quæ res certissimo argumento est, mutuum & stipulationem de reddenda pecunia, esse diversos contractus, etsi quando in continenti junguntur, in unum coalescant, *l. 6. §. 1. & l. 7. de Novat.* qua de re adversus Thomasium egimus in *d. tit. Inst. n. 4.* Quin etiam Condictio dari potest, ubi nec Stipulatio interposita, nec Mutuum Re contractum est, eo quod vel dominus non fuit is, qui dedit, vel jus alienandi non habuit; si tamen consumptio bona fide facta fuerit, datur Condictio, quasi Mutuo deinceps inito, *ex l. 11. §. ult. & l. 12. h. t.*

Solet ad hunc quoque Titulum de obligatione Literarum agi: De qua tam prolixe in Institutionibus egisse videmur, ut heic silentium, Rubrica præsertim nihil exigente, sit innoxium. Ad usum negotii placet addere sequentia: Si quis privatum habeat chirographum, is primo scriptorem aut subscriptorem vocare debet, ut manum suam agnoscat; si neget, & dein convincatur, neque hanc exceptionem, nec quidem solutionem opponere potest, imo in duplum tenetur, aut si, juramento oblato, manum suam noscat, in impensas condemnatur, *Auth. Contra qui propriam C. de non numer. pec.* Qui manum suam agnovit, moribus passim condemnatur ad deponendam in judicio pecuniam chirographo comprehensam, non modo ex mutuo, sed & quovis alio contractu debitam, quæ ab actore tollitur sub cautione de restituendo, si judicio principali, quod sequitur, alter absolutus fuerit. Imbert. *Inst. for. l. 1. c. 29.* verb. *chirograph.* Sand. *l. 1. tit. 8. def. 1. & seqq.*

SCHOLIUM.

Moribus nostris (Saxonicis) ejusmodi dispositione & cautione non videtur esse opus. Vel enim reus agnoscens chirographum habet exceptiones in continenti demonstrabiles, & tunc audietur, vel non habet tales, tum iis in reconventionem rejectis, condemnabitur actori solvere pecuniam.

RESPONSIO.

Exceptiones in continenti demonstrabiles faciunt, ut Actori negetur petita consignatio. Sand. 1. 8. 3. v. allegata. Si statim probari nequeant, Reus condemnatur ad consignandum, & rationes in disceptationem principalem rejiciuntur (de Reconventione hic non agitur.) Ergo Thomasii dilemma non impedit usum hujus provisionis.

N. ADDIT.

Est iterum error elenchi. Ego nullo dilemmate volui ostendere, quid in foris Belgarum fieri debeat, sed quid & qua ex ratione fiat in foro Saxonico, secundum cujus hypothesin etiam intelligenda est reconventio, non civilis illa, sed Saxonica, & quæ demum finito priore processu est instituta. Alii jam judicent, quænam praxis sit æquior, utrum ea quæ debitum, quod petitur ex chirographo liquido, actori plene, i. e. sine cautione adjudicat, si exceptiones non possint probari in continenti, an ea, quæ cautionem ab eo prius exigit.

Præterea, per hanc provisionem multis locis censetur abolita exceptio non numeratæ pecuniæ & consequenter obligatio literarum, Grœneweg. *ad Grot. introd. l. 3. c. 5. n. 4.* (nam ὁ μέγας silet,) *& ad h. tit.* sed apud nos exceptio non numeratæ pecuniæ impedit *namptissementum*, ita vocatur illa *provisionalis consignatio*, ut sermo fert Fori, Sand. *d. tit. 8. def. 3.* ubi plures vide casus, quibus eadem cessat.

SCHOLIUM.

Moribus nostris, utraque in usu est: vid. Philipp. Ecl. 67. *Exceptis causis mercatorum.* Carpz. P. 1. c. 32. def. 69. *& literis cambialibus, in quibus exceptio non numeratæ pecuniæ opponi nequit,* Carpzov. l. 2. resp. 92. *(quamvis alibi forte aliud observetur, propter dissentientes, a Carpz.* d. resp. 26. n. 7. *& Schütz.* d. l. p. 133. *citatos.) Et hujus quidem ratio potissima est, quam n. 15. proponit*

proponit, per hanc exceptionem retardari executionem & solutionem, cum tamen literæ cambiales sint inventæ, ut paratissimam executionem habeant.

Inter casus, quibus hæc cesset Exceptio non numeratæ pecuniæ, gratis refertur, quod locum non habeat in instrumento depositionis certarum rerum, *d. l. 14. §. 1. C. de non num. pec.* quia non est de regula; sed habet exceptionis speciem, quod is, qui ab Argentario se pecuniam accepisse fassus est, in instrumento publice in foro composito, vel propria manu scripto subscriptove, non potest opponere hanc exceptionem, *Nov. 136. c. 5.* De renuntiatione dictum est, eam hoc efficere, ut qui fassus est accepisse pecuniam, probare debeat, eam non esse numeratam, ex Sandio *lib. 3. tit. 1. def. 1.* Nunc addimus duplicem limitationem, quarum prima est; Si instrumentum manu aliena sit scriptum, atque a debitore subscriptum juris imperito, facile admitti causam ignorantiæ, si, quid illa renunciatio sibi vellet, ignorasse declaret, nec probetur, eum fuisse, ut oportuit, edoctum. Altera; posse fieri, ut tametsi non numeratæ pecuniæ exceptioni sit renunciatum, nihilominus tam probabiles sint præsumptiones, quod numeratio facta non sit, ut non obstante renunciatione, probatio a Creditore, quod numeratio vere facta fuerit, exigatur. Exemplum; Titius ambiens officium publicum, fassus erat in chirographo, se accepisse aliquot millia mutuo, cum renunciatione hujus exceptionis. Probatum erat, pecuniam sacculis inclusam fuisse in mensa exhibitam; dixisse debitorem, qui fuerat ebrius, eam se habere pro numerata; non constabat, ab eo receptam & ablatam; erant acerrimæ præsumptiones, pecuniam rediisse brevi manu illuc, unde venerat, idque in muneris empti solutionem; satis enim constabat, officium illud pretio fuisse comparatum. Actor nihil amplius probans, non obstante renunciatione debitoris, repulsus est. In causa *Simonis de Wein, Q. Q. contra Alrichum Hajinga prætorem militarem, ante ferias Pentecost. 1680.*

TIT. II.

De Jurejurando, sive voluntario, sive necessario, sive judiciali.

I. Continuatio; & an licitum jusjurandum, eaque de re sententia Gentilium & Christianorum. II. Jusjurandum esse bimembre, solam tamen invocationem Numinis, pro juramento fungi posse, non adseverationem Mennisticam, aut per fidem Nobilis vel Principis. III. Non esse jusjurandum, nisi verba pronuncientur, ubi, quid sit corporale juramentum. IV. Nonnisi per Deum esse jurandum. V. Divisio summa juramentorum, & cur extrajudicialia non pariant actionem, nec promissoria, nec confirmatoria, exceptis aliquot speciebus. VI. Species juramenti judicialis, & explicatio Voluntarii, Necessarii, Judicialis. VII. Collatio harum specierum cum divisione bimembri, in conventionale & judiciale, & cum usu aliorum Interpp. VIII. In quibus rebus deferri nequeat Jusjurandum, quas inter Matrimonium. IX. Quinam possint deferre jusjurandum. X. Quibus deferatur, an etiam pupillis, Clericis. XI. Quibus casibus negari possit juram. delatum, ubi de juram. in animam alterius. XII. De jurejurando judiciali, & an differat a suppletorio atque purgatorio. XIII. Has duas esse potius species juramenti judicialis, & de usu illorum hodierno, suppletorium esse rarius. XIV. Quo tempore deferendum sit jusjur. XV. Post sententiam latam non esse deferendum juramentum. XVI. Effectus jurisjurandi.

IN Codice, de *Rebus Creditis* & de *Jurejurando* sub una Rubrica, heic, ut videmus, continuis titulis agitur: ideo quod æris alieni causa frequentissime adhiberi solebat ab improbis, ad tegendum & male sanandum vulnus patrimonii; quo sensu Laberium audacem & insolentem verborum, in *Mimo* scripsisse, ait Gellius in *lib. 16. c. 7. in f.*

Quid est Jusjurandum? Emplastrum æris alieni. Prima Jurisjurandi consideratio offertur, satin' pie sancteque præstari possit; qua de re non modo a quibusdam Christianis, quicunque literali observantia præceptorum Christi, diminutionem gloriæ gratiæque divinæ tegunt, sed etiam inter Paganos, hæsitatum dubitatumque fuit. Quemadmodum (ut hodie, sic olim) *nonnulli hominum faciles* erant *ad jurandum, contemptu religionis,* ita non deerant, *qui perquam timidi essent, metu divini numinis, usque ad superstitionem,* ut scribit Ulpianus in *l. 8. ff. de Condit. Instit.*

ſtit. Quod magis etiam Græcis ſapientibus ſediſſe videtur, ex eo, quod Iſocrates *Dæmonicum* hortatur his verbis: Ἕνεκα χρημάτων μηδένα Θεῶν ὀμόσῃς, μηδ᾽ ἂν εὐορκεῖν μέλλῃς. *Rei pecuniariæ cauſa, per nullum Numen jurato, ne quidem ſi recte vereque ſis juraturus.* Nos huic Quæſtioni ſententiæque de Jurejurando vindicandæ, poſt tot Theologos & Juris-Conſultos non immorabimur. Tu videſis Grotium *lib. 2. de Jur. Belli & Pac. tit. 13. n. 12.* & Wiſſenbachium *ad h. t. th. 1.* Probatio adfirmantis ſententiæ eſt *in Deuteron. 6. c. v. 13. & c. 10. v. 20. Eſaiæ 65. v. 16. Exod. 22. v. 11. Levit. 19. v. 12. 2. Cor. 1. v. 23. ad Hebr. 6. v. 16.* Pium eſſe jusjurandum pie uſurpatum, inde conſtat abunde: Sed hoc velim mihi ſuggerat aliquis, exemplum aut præceptum jurisjurandi, quod χρημάτων ἕνεκα ad obtinendam rem pecuniariam, a Sanctis hominibus ſit præſtitum aut permiſſum, qui eſt uſus noſter judicialis; mihi nullum eſt in memoria. Forte non ſit vituperandus, qui tanti non habuit re carere, ut propter eam divini nominis invocationem cum execratione ſui, ſolenniter putet eſſe conteſtandam, quæ ratio fuit Iſocratis in ſententia modo laudata: Nec adeo vituperandi Mennoniſtæ fuerint, ſi hactenus conſiſterent: etſi ſumus in ea nos quidem ſententia.

2. Sed Jusjurandum nihil eſt aliud, *quam divini nominis invocatio, cum imprecatione noſtri, ſi fallamus, ad id quod agitur, confirmandum.* Nam plenum jusjurandum habet duas partes, Invocationem numinis & imprecationem ſui, quemadmodum ex antiquis jurisjurandi formulis conſtat, ut cum Jovem Lapidem jurabant, *Si ſciens fallo, tum me Dieſpiter, urbe arceque ſalva, bonis ejiciat, ut ego hunc lapidem,* de quo Cicero *7. Epiſt. 1.* exemplum habet; Is jurare quum cœpiſſet, ait, vox eum defecit in illo loco, *Si ſciens fallo.* Utraque pars illa continetur in vulgari formula, quæ in noſtro uſu eſt, *Ita me Deus adjuvet!* Sæpe tamen ſola numinis invocatio exprimitur; imprecatione ſubintellecta, quæ vel ſeorſim aliquando ſubjecta, aut exacta ab adverſario ſicut Ægialus in *Medea*, & cum illa verſ. 748.

Ὄμνυμι γαῖαν, λαμπρὸν ἡλίου τε φῶς
Θεοὺς τε πάντας, ἐμμενεῖν ἅ σοῦ κλύω.
Juro per terram ſplendidumque Solis lumen,
Omnesque Deos, ſervatum iri quæ dicis.

Subjicit Medea, ut fortius eum adſtringeret:

Αἰγεῦ. Τί δ᾽ ὅρκῳ τῷδε μὴ 'μμένων πάθοις;
Sufficit, verum quid ſi jusjurandum violes, paſſurus?

Reſpondet ille,

Ἃ τοῖσι δυσσεβοῦσι γίγνεται βροτῶν,
Quæcunque hominibus impiis eveniunt,
Scilicet κακῶς ὀλέσθαι, *male ut peream.*

Ita plenum & explicitum erat jusjurandum, quod tamen prioribus verbis erat incluſum. In Mennoniſtis noſtratibus uſum habet hæc obſervatio; Antiquiores illorum, repudiato jurejurando, non recularunt tamen Deum teſtem invocare, quod Statutis noſtris merito illis eſt indultum; quando qui Deum invocat teſtem, hoc ipſo percipit ac aliis intelligendum præbet, ſe non invocare teſtem otioſum, ſed talem, qui *vindicem habet oculum*, ex Heſiodi ſententia.

Ἔχει Θεὸς ἔκδικον ὄμμα.

Recentiores & ſubtiliores ex illis, hoc animadverterunt; ideoque jam pridem invocationem ipſam Dei adhibere noluerunt. Ordines noſtri exemplo libertatis, qua vicini erga ſuos utuntur, indulſerunt illis, ut defungi poſſint adſeveratione ſimplici, ſub pœna perjurii, ſi fefelliſſe deprehendantur, idque ita in rebus ad jus publicum pertinentibus obſervatur; Sed a Suprema Curia non potuit adhuc impetrari, ut vetus formula, qua Deus teſtis invocatur, illis remittatur: Ideoque nec litigantes, neque teſtes, aliter admittuntur: Nec id ſine ſumma ratione; tametſi non deſint, qui talem adſeverationem Mennoniticam, ut & Principum atque Nobilium *per fidem Principis & Nobilis*, haberi poſſe loco jurisjurandi exiſtimant. Etiam Præceptor olim noſter Antonius Matthæus, *diſp. de Jud. 11. th. 37.* ſimplicem adſeverationem, qua Mennonitæ utuntur, vim juramenti in judiciis habere poſſe judicat, & alter Præceptor Wiſſenbachius noſter, adſeverationem Mennoniticam loco juramenti putat in judiciis eſſe recipiendam, ad *h. t. th. 21.* idemque de fidei principalis adfirmatione concedunt, laudatis auctoribus Gailio *2. obſ. 59.* Mynſingero *1. obſ. 17. & cent. 5. obſ. 6.* Auctoritas maximorum hominum non eſt pluris quam Ratio, quæ docet, jurisjurandi vim non conſiſtere in metu incerto pœnæ ab hominibus ſuſtinendæ, verum in præſente metu divinæ juſtitiæ & omniſcientiæ, in concurſu Mentis & Linguæ, Rationis & orationis, quæ præcipue, dum fit invocatio Numinis, intenditur. Eo momento idea ſummi Numinis, in hominibus non obduratis, mentem

mentem sibi conscium acerrime penetrat, afficitque vi secreta, cujusmodi nihil est in metu pœnæ judicialis, aut reputatione honoris. Hæc ratio cum auctoritate Curiæ nostræ, facile prævalet egregiis illis nominibus Jurisconsultorum. Huc etiam pertinet, quod Sandius habet *lib. 3. decis. tit. 11. def. 3. his verbis*; Juramentum *a muliere corporaliter, ut loquuntur, & in forma est præstandum, non sufficientibus his verbis*, by hoogster waerheyt en Adelijcke troue of eere.

3. Quin ideo dicendum est, ad naturam jurisjurandi necessarium esse, ut ipsa verba Dei invocandi sibique imprecandi enuncientur, nec sufficere, si publicus scriba vel notarius verba concipiat & prælegat ei, ad quem pertinet jurare, licet is etiam subscribat: quia deficit ipsa jurandi forma, quæ est numinis invocatio mente & ore facta, quod Tabelliones bene oportet animadvertant, quando mulieribus Senatus Consulto Vellejano renunciaturis prælegunt verba jurisjurandi, ab iisque subscribi, non pronunciari curant. Et memini, fuisse matronam, cujus heredes, cum hocmodo renunciatione defuncta esset, SCti beneficium recuperare satagebant; & recuperassent, opinor, vel potius retinuissent, nisi Notarius sibi metuens operam dedisset, ut lis transactione sopiretur. Quia vero quæ in oculos incurrunt, animum quoque movere possunt, pleræque gentes externum alicujus rei contactum jurantibus addiderunt, ut Veteres *aram*; unde tactis aris jurare, moris notissimi: Virgilius 2. *Æneid.*

Tango aras, mediosque ignes & Numina testor. Ad hunc morem spectavit Symmachus in *lib. 10. Epist. 54.* Omnia *quidem*, inquit, *Deo plena sunt, nec ullus perfidis tutus est locus; sed plurimum valet ad metum delinquendi, etiam præsentia religionis urgeri.* Sublatis aris, Christiani *tactis* sacrosanctis *Evangeliis* jurare cœperunt, *l. 14. §. 1. C. de Judic.* vel *ante judicem positis*, *l. 2. fin. pr. C. de jurejur. propt. cal.* Nusquam tamen externus ejusmodi contactus ad essentiam jurisjurandi, puto, requiritur, nec adeo, quod aliquando legitur, *Jurejurando corporaliter præstito*, ad ejusmodi externa additamenta, ut fit, referendum videtur. Si *jurejurando corporaliter* præstito *confirmasti*, habetur in *l. 1. C. Si adversus vendit.* idem in *l. 3. in fin. C. Si min. maj. se dix.* Minor amittit beneficium restitutionis in integrum, si majorem se dixerit, jurejurando *corporaliter* præstito. Est, puto, jusjurandum actu corporali præstitum, ore gestuque corporis ad decus invocandi Numinis composito, & opponi potest juramento duntaxat prælecto atque subscripto; non negamus, id, quod fit aræ, aut Evangelii, vel crucifixi, sceptrive Academici, (ut novi Doctores jurant in Academia Palatina,) contactu, esse corporale juramentum: sed putamus, quod apud nos fit ore, digitis oculisque sublatis, id etiam pro *corporali* ex sententia legum omnino esse habendum. Sic etiam Sandius *lib. 3. tit. 11. def. 3.* Aliter D. Wissenbach. *ad h. t. th. 26.*

4. Definitio indicat, & ratio firmat literæque sacræ, non nisi per Deum esse jurandum, qui solus est *καρδιογνώστης*, viscerum animorumque scrutator, qui vindicem habet oculum, & irasci & punire potest. Quod qui facere nequit, hunc frustra invocamus in metum perjurii. Cicero ad Trebatium *lib. 7. Epist. 12. Quomodo autem tibi placebit*, inquit, *Jovem lapidem jurare, quum scias, Jovem iratum esse nemini posse?* Sed ut Trebatius ita cum Epicuro senserit, alii secus arbitrati, quod Jupiter irasci & male mulctare posset, eum juramentorum custodem & vindicem nominabant. Eurip. *Medæa v. 169.*

Ζεὺς ὅρκων θνητοῖς ταμίας νενόμισται,
Jurisjurandi retributor mortalibus Jupiter habetur.

Deo soli quoque invocationis honorem deberi, sacræ literæ docent, iis locis, quæ superius adducta sunt, ad probandum Jurisjurandi usum & religionem. Neque potest non ægre ferri, quod jam tempore Justiniani sæculo sexto, inoleverit hæc jurandi *κακοήθεια*, quam præfert in *Nov. 8. in fin.* Juro *per Deum omnipotentem, & filium ejus unigenitum, & per sanctam gloriosam Dei genitricem, & per Sanctos archangelos Michaelem & Gabrielem.*

5. Sed pergamus ad vim usumque judicialem; quod ut ordine fiat, species jurisjurandi, partitionis beneficio, detegendæ sunt. In universum Juramenta vel litis causa, vel citra litem præstantur. Quæ sunt hujus generis, mirari liceat, tam exiguam habere vim, ut nec obligationem actionemve producant, neque tollant; nisi quatenus id pacto fieri possit, quia nec vim habent majorem quam pacta nuda, vid. *l. 95. §. 4. de Solution.* paucis casibus exceptis, qui mox collocabuntur; vid. A. Matth. *disp. de Judic. 10. th. 3. & 4.* Atqui Stipulatio parit actionem, quæ est solennis verborum conceptio; Jusjurandum magis est solenne, verbisque conceptis Deique appellatione com-

ponitur, neque tamen habet parem cum Stipulatione potestatem. Inter nævos juris hoc refert Vir Cl. Cyprianus Regneri ab Oosterga, in *lib. de injust. LL. Rom. cap. 2. & 6.* sed nos facile probavimus *ad tit. de Action. n. 14. & in par. 2. Digress. lib. 1. c. 3. n. 4.* & ex superioribus colligi potest, hoc ita a Romanis insigni reverentia & honore jurisjurandi esse receptum; Nam si modus obligationis ordinarius fuisset Juramentum, non minus frequentes fuissent invocationes Numinis in Foro, quam pacta stipulationesque fuerunt; quæ res multo magis procul absuit a gravitate Romanorum, quam pridem absuit a levitate populorum, qui Christi nomen præferunt. Vis tamen major quam simplicis pacti, adscribitur juramento, quo libertus jurabat olim, se patrono donum, operas, munus præstiturum; nam inde nascebatur obligatio, *l. 7. ff. de oper. libert.* Jusjurandum minoris annis 25. adimit ei beneficium restitutionis in integrum, *Auth. Sacram. pub. C. Si advers. vendit.* qua de re diximus *ad tit. ff. de minor. n. 11. sub fin. & seq.* denique, jusjurandum transactioni adjectum, si non servetur, peculiarem habet sanctionem, de qua dix. *ad tit. de Transact. n. 10. vers. postremo.* Alioqui non putamus esse distinguendum, inter vim juramenti extrajudicialis Confirmatorii, & Promissorii, cum D. Wissenbachio *ad h. t. th. 39.* quasi hoc quidem nudi pacti vim dumtaxat haberet, illud autem tolleret atque produceret actionem.

SCHOLIUM.*

Nam Doctores alii circa quæstionem, an de jure civili juramenta contractibus adjecta obligent, inter promissoria & confirmatoria distinguere solent, secundum ea, quæ habet Struv. h t th. 21. seqq. *sed rectius Autor negat, ex hypothesi juris Civilis hanc distinctionem esse admittendam, cum leges in genere loquantur, nec distinguant. Igitur quamvis distinctio ista a moribus forte sit convenientior, (vide tamen quæ notavi ad Strauch.* d. Ex. 25. th. 25. p. 374.) *non ea tamen habebimus opus in Jure Civili, modo notaverimus exceptiones, de quibus Autor* in posit. praeced.

Verissimum est, nullum actum aut Contractum jure Gentium vel Civili invalidum, jurejurando posse confirmari, ut probatur ex *l. 6. §. 16. D. de Pactis. l. 112. §. ult. D. de Legat. 1. l. 5. C. de Legib. in fin.* quibus derogatum esse per *l. 1. & Auth. Sacram. Pub. C. Si advers. vendit.* aut legi 1. per *d. l. 5.* nulla ratione statuitur, ut *ad d. tit. de Minor. n. 12.* dicere occupavimus. Sed juris Canonici diversam auctoritatem esse, qua vult, omne juramentum, cujus observatio non est adversa spei salutis æternæ, custodiri, satis constat ex *cap. si vero. 8. cap. cum contingat 28. de Jurejur.* sub pœna perjurii, *c. brevi. 16. eod.* An igitur tanto major Pontificibus quam Cæsaribus Jurisjurandi religio constat? Cæsar vetat ea, quæ Legibus sunt prohibita, sacramento firmari, *d. l. 5. inf.* hoc est, non, præbet se quidem perjurii auctorem, ut ait Alexander in *d. l. 1. Si advers. vend.* sed privat ejusmodi juramentum omni effectu legali & judiciali, quod licere Principi, non est dubium: Nec enim ferendum erat, ut Leges, jurantium temeritate everterentur. * Potest etiam Princeps, ob caussas justas ei, cui jus aliquod ex alterius juramento acquisitum est, hnic adimere suum jus; vel jurantem ob causas publice utiles eximere pœnis perjurii, *id est, gratiam facere jurisjurandi, in. l. ult. in pr. D. ad Municipal.* Cæterum, moribus hodiernis etiam promissoria juramenta vim actionis habere, quam etiam nuda pacta habent, satis indubitatum est.

6. Jusjurandum, quod litis causa interponitur, habet iterum varias species. Interponitur enim vel judicio sistendi causa, de quo egimus *ad tit. Inst. de Satisd.* vel calumniæ causa, de quo *ad tit. I. de pœn. tem. litig.* vel testimonii dicendi, quod *infra tit. de Testibus* occurret; vel æstimationis ergo, de quo *ad tit. sequ.* vel denique litis decidendæ gratia. Atque hujus, de quo nobis heic loci agendum, tres species indicantur in Rubrica; *Voluntarium, Necessarium, & Judiciale,* quomodo autem hæ species distinguantur, in nigro non legitur expressum, ideoque varie sumuntur, aliterque a Græcis, aliter a Latinis, quorum ex recentioribus alii hos, illos alii sequuntur. Nec Græcorum sensus eodem modo referuntur, Basilici *lib. 22. tit. 5.* in Rubrica, voluntarium vocant *προαιρετικὸν, τοῦτ᾽ ἐστὶν ἔπακτον, id est, delatum,* Stephanus interpres *ad l. 1. h. t.* ὅρκοι δὲ βουλουντάριοί εἰσιν οὓς ἔξω δικαστηρίου καὶ ἐκ προαιρέσεως ἐπιφέρουσιν ἀλλήλοις οἱ λιτιγάτορες. *Voluntarium juramentum est, quod extra judicium & ex consensu, sibi mutuo deferunt litigantes.* Νεκεσσάριοι δέ εἰσιν, pergit idem Stephanus, οὓς ἐν δικαστηρίῳ τινὸς τῶν λιτιγατόρων ἐπὶ τὴν τοῦτο δόντος ἐπα-

* Confer Dissertationem Jac. Frid. Ludovici, de genuino Intellectu Brocardici vulgaris: Omne juramentum servandum esse, quod salva salute æterna servari potest. Halæ 1705. editam.

γωγὴν ὁ δικαστὴς ἐπιφέρει, *Necessarium juramentum est, quod in judicio Judex, uno litigatorum ad alterius delationem dante, imponit.* Ἰουδικιάλιοι δέ εἰσιν, οὓς ὁ δικαστὴς αὐτὸς, οὐκ ἐξ αἰτήσεως, ἀλλ' ἐξ οἰκείας κινηθεὶς προαιρέσεως ἐπιφέρει. *Judiciale est, quod ipse judex non rogatus, sed ex proprio voluntatis motu defert.* Vult igitur, voluntarium esse, quod defertur extra judicium, sive ante, vel postquam judicium est inchoatum, ut postea se explicat idem Stephanus, in verbis τοὺς ἀρξαμένους ἤδη δικάζεσθαι. Necessarium, quod defertur aut refertur in judicio, cuique judex addit necessitatem. Judiciale, quod in dubiis causis alterutri litigantium ultro a Judice defertur. Male igitur Wesenbecius *ad h. t. n.* 7. quem sequitur D. Matthæus *d. disp. 10. th. 6.* refert, Græcos non facere voluntarium, quod extra judicium ex conventione defertur, sed quod in judicio alter litigantium alteri defert. Latini plerique voluntarium vocant, quod extra judicium ex conventione præstatur. Necessarium, quod judex inopia probationis imponit, & Judiciale, quod pars parti in judicio defert, referente D. Matthæo *d. th. 6.* Ex his liquet, in describendo voluntario revera non discrepare Græcos & Latinos; sed quod illi Necessarium, id hos Judiciale vocare, & contra: quæ varietas æque in recentioribus offenditur, ac observanda est.

7. Gajus in *l. 1. h. t.* duas species agnoscit, Conventionale, & Judiciale jusjurandum. Illud, quod ex pactione litigatorum, hoc, quod ex auctoritate judicis præstatur. Conventionale rursus est duplex, Delatum, atque Relatum. Prius habet locum, quando quis juri suo diffidens, aut tædio litis, adversario defert hanc conditionem, ut si juraverit, vincat. Idque vel fit extra judicium, vel in judicio, cum hoc discrimine; quod defertur extra judicium, non est necesse referri, *l. 17. in pr. h. t.* Delatum in judicio, vel præstandum, vel referendum est, *l. 38. h. t.* Quod autem est relatum, id vel præstandum, vel causa perdenda est, quia denuo referri non potest, *l. 34. §. 7. & sequ. h. t.* Hinc superest, Judiciale non posse aliud esse, quam quod ultro a Judice defertur alterutri litigantium, de quo *inferius.* Ut cum hac partitione terminos Rubricæ conferamus, misso Græcorum & Latinorum conflictu, dicamus, Voluntarium esse, quod ex pactione sive consensu litigantium alteri ab altero defertur, sive in judicio sive extra judicium: quia & hoc voluntarium jure vocari potest, quatenus non modo libere defertur, sed etiam præstari vel non præstari potest, ut voluerit is, cui delatum est. Consequenter Necessarium erit, quod refertur, quoniam hoc vel præstandum est, vel causa perdenda necessario, *d. l. 34. §. 7.* Judiciale, quod solum Judicem habet auctorem. Sic etiam Præceptores nostri A. Matthæus in *d. disp. 10. th. 7.* & Wissenbachius *ad h. t. n. 22.*

SCHOLIUM.

Scilicet, communiter a Doctoribus juramentum litis decisorium, dividitur in voluntarium, judiciale, & necessarium, secundum ductum rubricæ h. t. *Voluntarium vocant, quod extra judicium defert pars parti, Judiciale, quod in judicio a parte defertur, Necessarium, quod Judex ex officio imponit. Autor vero rubricam aliter exponens (ita videlicet edoctus a præceptore suo Wissenbachio, quem vide* h. t. th. 22.) *id quod pars parti in judicio defert, partim voluntarium esse dicit, quatenus nimirum defertur, partim necessarium, quatenus refertur. Judiciale vero vocat, quod Judex defert. Quemadmodum autem in verbis erimus faciles, ita tamen dubito, an delatum in judicio commode ad voluntarium referri possit, quia libertas, quam Autor hoc casu dicit esse penes eum, cui id in judicio delatum est, ut nimirum absque dispendio causæ præstari possit, aut non præstari, est longe minor ac in voluntario extrajudiciali. Hic enim ille, cui defertur, simpliciter id recusare potest. Ibi vero regulariter recusari nequit.* vid. *posit.* 19. & 20. *Sed aut præstari debet, aut referri, imo quandoque nec referri potest, sed necessario præstandum est, nisi quis causam amittere velit,* l. 34. §. 8. h. t. *Adde*, Schüz. in comp. hic, p. 143. lit. E. & *pluribus* Donellum lib. 24. c. 16.

RESPONSIO.

Quid est civilius, quam judiciale vocare, quod a judice defertur, & voluntarium, quod ex voluntate partium est? Tale utique est delatum in judicio, & habet exitum voluntarium non necessarium, etsi minus liberum; gradus non variat speciem: alternativa, jurandi vel referendi, relinquit arbitrium eligendi. In l. 34. §. 8. *quam Thomasius objicit, est exceptio, quæ nunquam tollit regulam.*

N. ADDIT.

Ut dixi, in verbis simus faciles. Alias facile regeri posset, magis civile esse, si necessarium vocetur, quod judex ex officio imponit, & in quo nulla est libertas, & judiciale adeo, quod in judicio quidem sed non a judice defertur. Cæterum occasionem

litis

litis inter ultramontanos & citramontanos de explicatione rubricæ h. t. vide ap. Anton. Fabr. in rational. ad l. 1. h. t.

Est igitur hoc modo jusjurandum, *πάσης ἀντιλογίας πέρας, terminus omnis contradictionis,* Paulo c. 6. *ad Hebr. 16.* *Τελευταία καταφυγή, ultimum refugium* Justiniano in *Nov. 72.* Deficientibus omnibus aliis probationibus, qui jusjurandum defert, audiendus est, ait Paulus in *l. 35. pr. h. t.* Etiamnum, si deferens nihil probaverit? Ita videtur; modo ipse prius de calumnia juret, se non vexandi animo inferre litem, & deferre jusjurandum, *l. 35. §. 1.* D. Wissenb. *th. 23.* Quod tamen hoc sine dubio recipiet temperamentum, ut si nulla species sit probationis, & manifesta calumnia, judex temeritatem a religione præcludat, neque delationi hactenus vim sit additurus.

8. Continetur igitur in Jurejurando a partibus delato, proprietas conventionis, & potestas de rebus suis disponendi; quando qui juramentum alteri defert, juri suo renunciat, causamque non minus quam projicit suam, vel suspendit ab hac conditione, *si alter juraverit;* eoque sensu transigendi vis in delatione jurisjurandi inesse dicitur, *l. 2. h. t. l. 12. de Dol. mal.* Unde sequitur, eam non habere locum, nisi in causis, quibus renunciare, & a quibus desistere licet, cujusmodi inter alia matrimonium non est; * contra quod propterea non habet locum jurisjurandi delatio, quæ fiat voluntate partium, quia non est in potestate contrahentium dissolvere matrimonium, ut disserit, ac probat Gailius *lib. 2. Obs. 34. n. 13. & seqq.* Sed quo minus pro matrimonio deferatur juramentum, nihil est impedimento; quia tum quasi novo consensu contrahi videtur, ut recte Gailius *dicto loco*, etsi aliter D. Wissenbachius, paulo involutius ad *h. t. th. 27.* Exempla non semel edita sunt, quod sciam, apud supremam Curiam. Unius expositione res fiet clarior: Puella contendens sibi fidem matrimonii esse datam a Juvene, neque litem super ea re committere cupiens solennem, offert libellum supplicem, quo matrimonium inter se, data fide mutua, contractum exponebat, quod ille negaret factum, vel adimplere nollet. Declarabat ad lites præcidendas, se paratam esse ipsi deferre jusjurandum, ut si juratus negaret, matrimonium esse contractum, ipsa missum illum faceret; alioqui se paratam esse jurejurando confirmare, matrimonium esse contractum. Curia jussit ad hoc respondere juvenem; Si is juramentum puellæ retulisset, hæc ad jurandum admissa fuisset, ut matrimonium procederet; At cum ille non modo rem ita gestam negaret, sed & juramentum negativum acceptasset, Curia rescripsit, viam ordinarii processus esse ineundam, nec juramentum matrimonii derogatorium admisit, in causa *Lolk Haukes* contra *Gerryt Pieters, 24. Febr. 1678.* rursus in causa *Frouk Samuels* contra *Lovis Michiels, 16. Septembr. 1679.* Paulo post accidit, ut cum par notabilius hominum simili modo apud Curiam extra ordinem de fide matrimonii data contenderent, postremo apud Curiæ Commissarios alter alteri intentionem suam remitterent, seque invicem missos facerent. Quod cum relatum esset, Curia illos, nullo decreto interposito, dimisit, quasi quod ipsi egissent, pro non facto & intacto habens. Sed hoc ad jusjurandum non pertinet: de juramento judiciali hac parte postea videbimus. In delictis, quatenus ad pœnam pecuniariam agitur, nihil vetat, juramentum deferri, & probatur ex *l. 13. §. 2. & l. 28. §. 5. 6. 7. h. t.* verum ubi criminaliter agitur ad coercitionem publicam, ratio non patitur,

* Doctores communi fere consensu Jure Canonico per *c. f. X. de transact.* prohibitam esse jurisjurandi delationem contra matrimonium, contendunt, Gail. *l. 2. Obs. 94. n. 15. sq.* Borcholt. *de jurejur. c. 5. n. 23.* Mev. *P. 5. dec. 110. n. 4.* Hillig. *ad Don. l. 24. c. 17. lit. i.* quam sententiam tamen dubio non carere, apparet ex iis, quæ pro contraria opinione urgent Stryck. *Tract. de Dissens. sponsal. Sect. 3. §. 33.* Brunn. *Jur. Eccles. l. 3 c. 5. §. 1.* Jo. Sam. Stryck. *Diss. de delatione juramenti in matrimonialibus.* Illustr. Born. *Diss. de Juramento judiciali c. 4. §. fin.* Interim in Electorali Saxonia sententia negativum juramentum, hoc est contra matrimonium delatum, improbans, non modo perpetuo fori usu recepta est, de quo Carpz. *Jur. Eccles. l. 2. def. 233. n. 6. l. 3. def. 44.* Id. *P. 1. C. 22. def. 30. & Lib. 3. Resp. 57. n. 3. sq.* Richter. *dec. 8. n. 28.* Bruckner *Dec. Matrim. c. 2. n. 4.* Heig. *P. 2. qu. 16. n. 4. seqq.* Berger. *Elect. Proc. Matrim. §. 23.* testantur, sed & saltim eo casu, quo super clandestina desponsatione juramentum defertur, Ordinatione Ecclesiast. rubr. gen. von Ehe-Sachen. *Special.* von Ehegelöbnissen. §. Wo auch zwo Personen. *verb.* wie denn auch sonsten solcher heimlicher Verlöbniß halber im Fall, da die verneinet werden, die Gewissen zu beschweren, nicht zugelassen wird, confirmata videtur, eademque ob perjurii metum & sponsaliorum clandestinorum odium, rationibus validissimis non destituitur.

patitur, ut juramenti delatio recipiatur; quia res controversa non pendet a dispositione litigantium, sed ad Rempubl. spectat. Quod a Judice defertur, heic etiam non habere locum, alia ratione constat, ob manifestum perjurii periculum, Gail. *l. obs. 180. n. 12.* Wissenbach. *ad h. t. th. 13.* A. Matth. *disp. 10. th. 17.* nec tamen qui dissentiant, desunt, D. Matth. *d. loco th. sequ.*

SCHOLIUM.

Scilicet, Autor loquitur de juramento a parte delato, quod communiter judiciale appellari diximus. Nam Judex in criminibus quotidie juramentum purgatorium imponit. An & suppletorium? Minime. vid. Wissenb. h. t. th. 29. not. ad Strauch XXV. 31. p. 381. *De delatione Jurisjurandi in actione injuriarum, quid Juris sit, dix. ibid.* ad differt. 19. th. 15. p. 260.

RESPONSIO.

Imo etiam de purgatorio loqui animus erat, in quo locum habet idem metus perjurii, ut Wissenb. d. th. 28. & *gravissime A. Matth.* in de crimin. l. 47. tit. ult. c. 1. n. 6. *Estque ea fori nostri sanctissima praxis, nullum a Reis criminum exigere jusjurandum. Nec usquam validior est regula;* Actore non probante, Reus absolvitur. *Injuriarum civilis actio hinc aliena est.*

N. ADDIT.

Non est dissensus. Loquor enim de foro nostro, Autor de suo.

9. Ex eadem ratione sequitur, eos, qui juramentum deferunt, esse debere tales, qui de rebus suis libere disponendi habeant potestatem, alioquin obstat exceptio, quod *deferenti rerum administrandarum jus non competat*, *l. 17. §. 1. h. t.* Non possunt igitur deferre prodigi, furiosi, mente capti, nec pupilli sine tutorum auctoritate, *l. 35. §. 1. h. t.* Minores annis viginti quinque si deferant jusjurandum, valet ipso jure delatio, *l. 9. §. 4. h. t.* Attamen servari non oportet, quod ad effectum diminuendi Patrimonii, si Curatores habeant, *l. 3. C. de in int. restit. min.* si Curatores non habeant, tenet valide juramentum, sed datur restitutio, si læsio probetur, *d. l. 9. §. 4.* conveniente rei, quod de obligatione Minorum diximus *ad tit. de Minor. n. 2.* Tutores, Curatores, Procuratores omnium bonorum, & cæteri, qui rebus alienis præsunt, eatenus deferendi jus habent, quatenus alienare possunt, hoc est, ex evidenti utilitate eorum, ad quos res pertinet, aut ex necessitate, *deficiente omni alia probatione*, *d. l. 17. §. 2.* & *3. l. 20.* & *seqq. h. l. 35. in pr.* & *§. 1. h. t.*

10. Porro consideratio, quibus deferri possit jusjurandum, ‡ non a potestate eorum, quibus defertur, disponendi de rebus suis; nec etiam a gravitate religiosa jurisjurandi, verum adhuc a libera dispositione de rebus eorum, qui deferunt, æstimari debet. Etenim qui defert juramentum, hoc modo instituit; *Si tu*, sic ait adversario, *juraveris tibi deberi*, *solvam tibi*, vel *missum te faciam*: Quando igitur ille, cui hoc modo locutus est, juravit: impleta Conditione, qua se causam largiri dixit, nihil superest, quam ut solvat, vel a lite desistat; tametsi forsitan is, qui juravit, alioquin ad jurandum habilis idoneusque non sit, quo sensu in *l. 26. in pr.* legimus, *nihil referre, cujus sexus ætatisve sit, cui juramentum defertur*, adeoque licet *pupillus* sit; etsi perjurii capax ille non habeatur; adversus eum tamen, qui contentus fuit pupillo, cum ei deferret juramentum, omnino custodiri debet, ait Paulus in *d. l. 26.* cum quo non pugnat Ulpianus in *l. 34 §. 2. h. t.* cum ait, *Pupillo non defertur jusjurandum*, ‡‡

‡ Universitatis nomine jurant illi, quos rem omnium optime nosse præsumitur, qua in re est liberrima deferentis electio, ita ut Syndicum quoque, aut scribam Universitatis, licet Collegii membrum non sit, eo nomine excitare liceat. Ita & illi, qui universitatis jure non gaudent, Hüfner, Anspänner, Gärtner, Häusler, Handfröhner, per tres aut quatuor sui ordinis jurant, &, si diversa hi loca incolant, ex horum unoquoque deferenti duos aut tres evocare licet. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 18. §. 5.*

‡‡ Minores, exacto anno ætatis XVIII, immo & XVI. si causa sit matrimonialis, aut de stupro actio, sufficiente admonitione prævia, jurare tenentur. Ex pluribus etiam litis consortibus minoribus, unus alterve XVIII. annis major, suo & reliquorum nomine, atque hactenus de credulitate jurare tenetur, reliquis plane parcendum est. Extra hos casus Tutor de credulitate juraturus admittitur, parte etiam altera invita, licet jusjurandum ipsi defuncto sit delatum, aut ab eo; nisi graves causæ judici suadeant, juramentum ad majorem usque ætatem differre. Tutores juramentum deferentes, jusjurandum calumniæ, aut relatum, etiam pro re nata de veritate, præstabunt. Idem dicendum de Curatoribus mente captorum, furiosorum, absentium, & similium personarum. Tutores aut Litis consortes, quod jurare nequeunt, aut juramentum deferuere, iis, qui illorum curæ commissi, vel reliquis consortibus, nihil nocent. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 18. §. 4.*

cum effectu scilicet delationis consueto, ut vel jurare, vel referre cogatur, ex *l.38. b.t.* adeo ut pupilli juramentum magis sit facti quam juris. Deferens causam suspendit a facto jurandi; si *pupillus* juraverit, solvam, *ait:* Facto jurandi præstito, impleta est conditio; de jure, quo præstitum est juramentum, hactenus non agitur: Ulpianus autem in *d. §. 2.* de jure, non de facto loquitur; Qui enim de facto negare posset, juramentum pupillo deferri, quod & delatum & præstitum esse constat.

SCHOLIUM.

Communis est conciliatio, quam Autor bic habet l. 26. pr. h. t. cum l. 34. §. 2. eod. *quæ ut mibi semper suspecta visa fuit, cum inscriptiones dictorum textuum præ se ferant Paulum & Ulpianum, data opera fere semper sibi contradicentes, ita conjectura hac mea egregie juvatur per* l. 4. pr. De in litem jurando, *quæ Lex si non probat, pupillum nec volentem quidem ab Ulpiano ad juramentum admitti, nescio quid probet aliud. Mores ita observant; Potest pupillo juramentum deferri & cogitur pupillus id vel suscipere vel referre, vel conscientiam suam probationibus defendere. Si vero suscipere velit, non ante ad præstationem admittitur quam post pubertatem; Etiamsi sponte & ante sententiam id susceperit, ac ante jurare velit. Hunc enim puto esse sensum præjudiciorum, quæ refert* Carpzov. part. 1. Const. 12. def. 42. & Constit. 24. def. 11. *Nam quod Carpzovius arbitratur* d. def. 42. *pupillum, si velit, ante pubertatem ad præstationem juramenti admitti, non solum menti Dominorum Scabinorum videtur esse adversum, sed & Juri Canonico, quod alias in processu potissimum sequimur,* arg. c. 1. C. 4. qu. 3. Conf. Struv. h. t. th. 15.

RESPONSIO.

Præjudicium de contradictionibus Pauli & Ulpiani minime ad jura liquida, cujusmodi hæc res est, producendum. Lex 4. D. in litem jurando, *nihil ad rem pertinet, quia nostra Thesis agit de jurejurando ab adversario volente, pupillo delato, sed juramentum in litem adversus invitum præstatur. De moribus non valde repugnem; gravitati judiciorum minus convenire, pupillos admittere ad jurandum. Si tamen deferente adversario & conniventе judice, pupillus juraverit, non est dubium, quin hodieque deferens causam sua voluntate perdat, ob factum jurandi, a quo ipse victoriam suspendit. Quin si pupillus pubertati proximus & juramenti bene sit gnarus, non video quid absurdi sit in Carpzovii sententia, si judex pupillum ad jurandum, adversario deferente, admittat: nam in eo, quod ipse desert judex, alia plane ratio est.*

N. ADDIT.

Sed ratio probibitionis in d. l. 4. *non specialis est, sed generalis, quod videlicet pupilli non babeant judicium. Quod vero Autor in textu dicit, Ulpianum non loqui de facto, sed de jure, partim petit principium, partim pro nobis est. Principium petitur, dum ait, Ulpianum de facto non loqui, quia constet, pupillis delatum & præstitum esse juramentum. At unde hoc constat? Neminem credo tam stultum fuisse, ut a pupillo juramentum postulaverit, aut futurum esse, ut id petat. Pro nobis est, nam si Ulpianus loquitur de jure, id est, quod pupillis de jure non deferatur juramentum, babemus quod volumus. Ergo præstitum nullum habet effectum juris. Denique quod defensionem Carpzovii attinet, quam Autor tentat, opus est, ut declaremus quid intellexerimus, dum diximus, ejus sententiam non convenire Juri Canonico, ut quod tres comites juramenti postulat, veritatem, justitiam, judicium, Pupillus vero tale judicium non babet. Huc pertinet ipsius Pauli dictum* d. l. 26. pr. pupillus non videtur pejerare, quia sciens fallere non videtur.

De Clericis tamen Marcianus Imperator testatur, *Ecclesiasticis regulis & Canone a beatissimis Episcopis antiquitus instituto clericos jurare probiberi, l. 25. §. 1. in fin. C. de Episc. & Cler.* quod olim quoque in Sacerdotibus Vestalibus & Flaminibus Edicto perpetuo fuisse insertum, testatur ex Varrone Gellius *lib. 10. c. 15.* idque etiam insertum juri Canonico, *caus. 1. Qu. 5. C. 2. 3.* & 4. ubi ratio; *manus, per quam corpus & sanguis Christi conficitur, juramento polluetur? absit.* Potius erat, reverentiam ordinis sacri præferre, quæ causa Prætori fuit in Edicto & Atheniensibus olim Xenocrati jusjurandum remittendi. Rationem aliam reddit Pontifex in *d. cap. 4. Cum Dominus in Evangelio discipulis suis, quorum vicem nos indigni in sancta gerimus Ecclesia, dicat, nolite omnino jurare.* Est nova interpretatio verborum Domini, cum satis manifestum sit, Dominum ad omnes suos auditores & sectatores esse locutum. Sed *cap. illud 4.* de juramento purgationis tantum loquitur; In juramento Calumniæ & testimonii dicendi causa, discrimen hoc volunt servari Pontifices, ut Episcopus juret propositis, non tactis, ut alii, Evangeliis, *cap. ult. X. de Jurejur. Cal.*

11. Porro, qui defert juramentum, primo, ut jam

jam diximus, jurat de calumnia; * quo præstito, alter jurare debet aut referre, ** aut solvere, vel causa cadere, *l. 34. §. 4. & 7. l. 35. in pr. l. 39. h. t.* nisi videlicet justam recusandi causam habeat; qualis est, I. Si probabilis sit ignorantia, quo casu vel remittendum ei jusjurandum, *** absque necessitate referendi adversario; vel spatium dari debet, ut certioretur ac ita juret, *l. 34. fin. pr. h.*

* Si enim deferens juramentum de calumnia præstare recuset, principale juramentum habetur pro præstito Jure Civili, *l. 37. ff. de jurej.* & Saxon. *P. 1. C. El. 12. §. 5.* imo hoc quoque si deferens in termino jurandi non comparuerit, L. R. *l. 2. art. 11.* Carpz. *l. 3. Resp. 51.* Id. *ad Proc. tit. 11. art. 7 n. 15. sq.* Sed &, si principale juramentum deferenti relatum sit, calumniæ juramentum & relatum simul præstare compellitur. *O. P. S. tit. 18. §.* ferner. Carpz. *P. 1. C. 14. def. 5.* quod Jure Civili non obtinere contendit Hillig. *ad Don. lib. 24. c. 21. lit. r.* Conf Martin. *ad d. §. n. 101. sqq.*

** Jure Saxonico is, cui delatum est juramentum, id aut refert aut acceptat aut conscientiam per probationes defendit. Relatio Jurisjurandi fieri potest vel antequam super delatione sententia lata est, vel postea, dummodo id fiat intra octiduum ex tempore, quo sententia in rem judicatam transiit, computandum, *Ord. Pr. Sax. t. 18. §.* ferner. Carpz. *P. 1. C. 14. def. 2.* Quoties acceptatur jusjurandum, oblatio ad ejus præstationem intra idem octiduum ‡ sub pœna desertionis fieri debet, *d. tit. §.* Wenn nun also. qua juraturus simul petat terminum præfigi ad jurandum adversariumque citari ad videndum jurare. conf. *Mand. El. d. An. 1681. de oblatione ad jurandum*, quo in termino si non comparuerit, pariter juramentum pro deserto habetur. *d. Tit. §.* Wenn nun. Carpz. *l. 6. Resp. 120.* Nicol. *Ref. 20.* nisi justum impedimentum, quando pars adversa de desertione queritur, docere queat. *Dec. El. 18. in fin.* Ad defensionem autem conscientiæ per probationem, Vertretung des Gewissens mit Beweis, admittitur, ‡‡ si intra idem octiduum se declaret, ac postea intra Terminum Saxonicum articulos probatorios offerat. *O. P. S. t. 19.* Carpz. *P. 1. C. 14. def. 17.* ubi, ne lis tardetur, adversario nec reprobatio nec interrogatoria ad causam permittuntur. *P. 1. C. El. 14.* ibique Carpz. *def. 16. Dec. El. 19* ibique Phil. *Obs. 1.* Is vero, qui jurandi necessitatem per hanc probationem declinare voluit, si intentionem suam non obtinuerit, nihilominus ad juramentum adhuc admittitur. ‡‡‡ *O. P. S. tit. 19. §. 1.* Carpz. *P. 1. c. 14. def. 18.*

‡ Celebre illud fatale oblationis ad jurandum intra octiduum, jure novissimo penitus est sublatum; potius, postquam sententia super jurejurando lata in rem judicatam abiit, judex intra octiduum, vel parte alterutra preces fundente, vel ex officio, terminum ad jurandum, concesso juraturis spatio Saxonico præstituet; si is, qui vel malitiæ, vel principale, vel utrumque præstare tenetur, non comparuerit, aut jurare detrectaverit, contumacia ab adversario accusata, pro re nata jusjurandum aut pro deserto aut præstito habebitur. *O. P. S. E. I. & E. Tit. XVIII. §. 7.*

‡‡ Nota, hoc non licere in causis perquam summarie componendis, de quibus *O. P. S. E. I. & E. Tit. 1. §. 8.*

‡‡‡ Novissimo jure, qui jurisjurandi necessitatem per probationem declinare voluit, nec declinavit, ad juramentum non amplius admittitur, nisi in probatione eatenus fidem fecerit judici ut ad suppletorium aut purgatorium probantis res redeat. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 19. §. 1.* Ex §. 2. adjicimus, Articulos pro exoneranda conscientia probatorios, intra spatium Saxonicum a tempore rei judicatæ porrigendos, ad ipsum factum, super quo jusjurandum delatum, non ad exceptiones pertinere debere; posterioris generis articulos vel a judice ex officio, vel per JCtorum sententiam rejiciendos, post illorum rejectionem probaturum ab regressu ad juramentum arcendum, reprobationem in hoc negocio, aut interrogatoria de causæ meritis non admittenda esse. Adde quæ ibid. *Tit. 29. §. 3.* constituta.

*** Jure Saxonum hoc casu quandoque ad juramentum credulitatis admittitur, si de veritate jurare nequeat ac causa conscientiæ, scientiæ & notitiæ ipsius commissa sit, in sein Christliches Gewissen, auch Wissenschafft und Wohlbewust gestellet. ‡‡‡‡ Hujusmodi juramentum præstant heredes, quando defuncto per sententiam jusjurandum injunctum fuit, & is ad id se nondum obtulit, nec tamen id recusavit aut deseruit. *P. 1. C. El. 24. j. O. P. S. Tit. 18. §.* Weil es aber & L. R. *l. 3. art. 11.* Carpz. *ad d. C. def. 1. & 3.* Jure Civili hoc jusjurandum heredum non obtinebat, *l. 12. C. d. R. C.* Christ. *Vol. 3. dec. 3. n. 3. sq.* Bach. *ad Treu'l. V. 1. disp. 21. th. 10. lit. b.* conf. Mev. *P. 5. dec. 46. n. 1. sq.*

‡‡‡‡ Qua formula usi sint deferentes, ob sie die Sache bloß ins Gewissen, oder auch zugleich auf Wissenschafft und Wohlbewust gestellet, nihil attinet, sed secundum distinctionem in facta propria, aliena, & communia, est ex officio pronunciandum; immo sufficit, si pars dixerit, se super hoc vel illo capite adversæ parti jusjurandum deferre. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 18. §. 3.*

Hinc est, quod Procurator jurare non cogitur, *d. l. 34. §. 3. cum iniquum sit, de alieno facto alium jurare, ut est in l. 11. §. pen. de Act. rer. amot.* Religio quoque jurandi, quæ in conscientia mentis & conjunctione sermonis consistit, non habet facultatem in causa aliena, nec est bonum ludere cum sacris: denique eædem rationes, quibus juramentum ab alio scriptum & prælectum & agnitum per subscriptionem vim jurisjurandi habere negavimus, locum in hac specie reperiunt. Ideo nec potest laudari institutum jurandi in animam alterius, * quod ex jure Canonico fluxit in mores hodiernos ex *cap. fin. de juram. in 6.* etiam apud nos, saltem calumniæ causa, ut refert magis quam probat Sandius in *lib. 1. tit. 8. def. 1.* Adde Gailium *1. obs. 83.* Rarius tamen apud nos usurpatur, nec video, quid nostros, Juris Civilis & rationalis tenacissimos, non æque movere debuerit, ad hanc jurisjurandi manifestam temerationem omittendam, quam apud Saxones institutum est, Mollero teste 4. *Semestr. C. 40.*

SCHOLIUM.

Jure Saxonico juramentum in alterius animam non est receptum, quamvis id contra juris Romani principia esse haud videatur, arg. l. 9. §. penult. h. t. vid. Schüz. in compend. h. t. p. 134. Struv. h. t. th. 16. conf. Wissenb. th. 32. *Moribus tamen Imperii, ut & Saxonicis juramentum fidelitatis fere per procuratorem præstari solet.*

RESPONSIO.

Lex 9. loquitur de jurejurando a parte adversa delato, in quo non jus sed factum spectatur, ut antea diximus; Reus adversarius dixit procuratori meo, solvam tibi, si jures me debere tuo domino. Ille juravit; jam deferens tenetur, bene an male juratum vel pejeratum sit, nihil refert.

N. ADDIT.

Jam omnino facio cum Autore, juramenta in alterius animam esse inventa juris canonici. Ergo quæ de jure civili dicta sunt in scholio, jam possunt expungi.

II. Casus, quo recusare licet delatum jusjurandum, est hic; si formula sit improbatæ religionis; cujusmodi juramentum cum etiam præstitum pro non facto habeatur, multo magis delatum recusari potest, *l. 5. §. pen. h. t.* III. Si deferentes non habeant jus deferendi, ut sunt omnes sub Curatoribus agentes, *l. 35. §. 1.* ut & si delatum sit ei, qui jurandi sit incapax, ut de pupillo dictum, *l. 34. §. 2.* IV. Si is, cui delatum est juramentum, non habeat forum illic, ubi delatio fit; si, inquam, non sit subjectus ei judici, ad quem jurandi causa vocatus est, *d. l. 35. §. ult.* Necessitas enim præstandi vel referendi est a Jurisdictione, cum extra judicium cesset, ut *superius* dictum. V. Casus est, si jam semel juratum sit, quia supersluis abstinendum, & uno juramento jus adversarii sublatum est, *l. 18. h. t.* VI. Huic similis est casus, si jam aliunde quod satis est, probatum sit; quia tunc supervacua est religio, quam in vitio collocant Juris auctores, *arg. l. 8. D. de Condit. instit.* Potest etiam fieri, ut a juramento quod delatum est, non referendo, ex justa causa detur excusatio, *l. 34. §. pen. h. t.* Qualis est, si mulieri rerum amotarum causa, deferatur juramentum, non potest hoc referre marito, *l. 11. §. ult. D. Rer. amotar.*

12. Sequitur tertia species Jurisjurandi, quod *Judiciale* diximus, alii necessarium vocant; quæ terminorum discrepantia nullam in rebus varietatem, sed confusionem aliquam, nisi diligenter advertas, efficere potest. Est autem judiciale Jusjurandum, quod Judex in dubiis causis alterutri litigantium defert, *l. 31. h. t. l. 3. C. de Reb. cred.* Dubia causa est, ubi dubites, quid sequare: quod accidit, cum utriusque probationes æquipollent extimmque judex quærit nec invenit. Ita causa dubia apud Ciceronem *pro Ligario*, Quæstio *dubia* apud Modestinum in *l. 10. de Jur. Fisci.* Cœna dubia, apud Terent. & Juven. Ita Præceptores nostri Amon. Matth. *disp. de Judic. 10. th. 21. & sequ.* Wissenb. *ad h. t. n. 21.* explicant inopiam probationum, in *d. l. 3. C. de reb. Cred.* negantque ad hanc speciem pertinere juramentum suppletorium, quando semiplene probatum est, veluti per unum testem omni exceptione majorem; ideo, quod actore non probante, reus sit absolvendus, etsi nihil probaverit, *l. 4. C. de Edend.* unus autem testis sit nullus, *l. 9. C. de Testib.* non foret autem nullus, si accedente jurejurando ple-

* Nec permittitur nostro jure per Procuratorem jurare, *O. P. S. tit. 18. §. fin.* licet speciali mandato instructum. conf. præter allegatos a Thomasio *in Schol. ad h. §. 11.* Schilt. *ad ff. Ex. 23. §. 31.* add. L. R. *l. 1. art. 46.* verbis; Wo es aber den Frauen zu eyden kömmt, die sollen sie selber thun, und nicht ihre Vormünder. Excipitur tamen homagium & juramentum fidelitatis, quod per procuratorem, qui speciale eo nomine mandatum habet, præstari potest. *Mand. El. d. An. 1657.* wegen Suchen der Lehn §. und anfänglich. *Append. Corp. Sax. p. 25.* Rauchb. *P. 1. qu. 8. n. 23.* Moller. *Sem. l. 4. c. 20. n. 4.*

ne

ne probaret: Reliqua diligenter removet argumenta contraria D. Wissenbachius *d. th. 24.* Iidem a Jurejurando, quod a Judice defertur in dubiis causis, distinguunt juramentum purgatorium, quo Reus ab actore non convictus, sui tamen purgandi causa, jubente judice, rem ita ut dixit, se habere confirmat, ex Donello *24. Comm. c. 10.* A. Matth. *d. disp. th. 22. & 58.* Wissenb. *d. loco.* Alii contra juramentum quod a Judice defertur (sive judiciale sive necessarium voces) distinguunt in Suppletorium & Purgatorium: Præceptores meos libenter sequerer, si usum & species causarum dubiarum & juramenti, quod Judex defert, in Judicio discernere possem, ab eo, quod suppletorium & purgatorium vocant Interpretes atque in Foro usurpant. * Nec unquam mihi causæ species dubiæ obversata est, quin aut Actoris probationi valde quidem prægnanti aliquid tamen deesset, aut minus prægnante, Reus tamen valde gravaretur. Priore casu juramentum suppletionis, altero, purgationis deferri ordinarium est. Neque adhuc aut videre vel audire mihi contigit exemplum, quo Judex partibus juramentum deferret, nisi ad ultimum istum alterutrum: Nec aliter docere, quam intelligere detur, in animum inducere possum; etsi alioqui cum Præceptoribus libenter loqui sum solitus.

13. Velim igitur dividere liceat juramentum illud, quod Judex in dubiis causis alterutri litigantium defert (nos Judiciale, Necessarium alii vocant) quod sit vel *Suppletorium* vel *Purgatorium.* Illud, quod actori defertur, qui sic probavit, ut Judex non dubitet, quin res ita se habeat, nec sit tamen omnibus numeris plena probatio, *tot versterkinge van syn aengeven*, loquuntur nostri. Purgatorium, quod Judex reo defert, non convicto, sed præsumptionibus gravato, *tot syn ontlastinge*, ut ajunt in foro nostro. Et quidem hoc intellectu atque usu frequentissimum. Prius est ac esse debet rarius, prævalente plerumque dicto, *l. 4. C. de Edendo, Actore non probante, Reus absolvitur: etsi aliter Thomasius.*

SCHOLIUM.

In foro nostro (Saxonico) suppletorium juramentum æque in usu est ac purgatorium.

Imo rectissime statuunt laudati Auctores studiorum nostrorum, Jure Romano non posse hunc unius testis effectum esse hoc jusjur. nec etiam Divino, quod os duorum vel trium testium agnoscit: denique nec ratione, propter fidei mortalis lubricitatem: idque præsertim in causis gravioribus atque ubi in arbitrio fuit, plures adhibere testes: Sed juxta unum testem, oportet alia concurrant argumenta, quibus consertim accumulatis, Judici sit integrum aliter existimare, fere ut observat D. Matthæus *d. disp. 10. ex* Duareno *2. disp. anniv. 33.* Donello *14. Comm. 19.* Cujacio *22. obs. 28.* Fabro de *error. pragmat. dec. 19. err. 1.* Convenienter huic doctrinæ non solet in nostro Foro, nec potest, ubi recte consulitur, a Judice ad unius testimonium deferri jusjurandum litis decisorium: nisi concurrentibus aliis præsumptionibus, idque adhuc in causis levioribus. Sed nec ita quidem mea memoria, potuit obtineri, ut aliter quam ægre & luctantibus suffragiis daretur juramentum suppletorium Actori. Demus, etsi res non est difficilis, exemplum, quo accidit, ut delatum fuerit ad unius testimonium. Vir Ampliss. *Horatius* KNYF, F meus in Senatu Supremo Antecessor, locaverat agrum cuidam agricolæ. Instrumentum locationis nullum extabat. Curatores filii ejus *Godescalki a* KNYFF, dignissimi nominis non magis quam virtutis & doctrinæ paternæ heredis, cum agrum melius locare possent, eum post triennium alii addixerant, sub conditione, *si liber esset ager a Lege conducti-*

* De Usu juramenti suppletorii ‡ in Saxonia satis ex *O. P. S. tit. 30. & P. 1. C. El. 23.* constat, quæ judicem, ex officio aut petente parte, hoc jusjurandum jubet decernere. De Juramento Purgatorio ‡‡ præter *P. 1. C. El. 22. Dec. El. 81.* videri potest, quæ Juramento prohibet onerari eum, qui stuprum confessus promissionem matrimonii negat, aliisque præsumtionibus non gravatur. Carpz. *Jur. Consl. l. 3. def. 47. & P. 1. C. El. 22. def 4.*

‡ Ad usum hujus juramenti porro pertinet, juraturum de veritate præferendum juraturo de credulitate, quod & in purgatorio, re ita ferente, servandum. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 30. §. 1.* Postquam sententia de supplerorio lata in rem judicatam abiit, judex vel petente parte alterutra, vel ex officio intra octiduum, observato spatio Saxonico, terminum præstituet, in quo si non compareat juraturus, aut comparens se juraturum negat, jusjurandum pro deserto habendum; parte altera non comparente, tamen præstandum est. *d. Tit. §. 2.*

‡‡ Videri etiam potest *§. un. Tit. 32. O. P. S. E. I. & E.* ubi probationem pro exoneranda conscientia, in purgatorio locum non invenire constitutum est.

nis. Primus conductor se opponebat, unum producens testem Pastorem ejus pagi, in quo situs erat fundus, qui se præsentem audivisse testabatur, cum ad quinquennium ager a defuncto addicebatur huic colono. Pastor ille non erat alioqui amicus, sed in alia causa adversarius ejusdem rustici. Curatores dubitationem suam ipsi, adjecta conditione, fassi videbantur. His adjuvantibus circumstantiis, impetravit, ut jura mentum, quod efferebat, ei delatum fuerit; nec tamen nisi exigua suffragiorum prærogativa, fuitque certum & tunc & alias, non fore, ut in causa majoris Patrimonii, id tam facile impetraretur. Causa *Jarich Jelles* contra *A. S. & B. F. & c.* ante ferias Natalitias 1681.

SCHOLIUM.

Sed an juramentum suppletorium quoque in causis matrimonialibus locum habeat, quæsitum fuit: Negativam defendit Carpz. part. 1. coust. 23. def. 10. *Sed contraria eaque verior in supremis Judiciis Electoralibus approbata fuit, quam etiam tuetur idem* lib. 3. Responsf. 57. *& in Jurispr. Eccles. d. l. def. 46.*

RESPONSIO.

Favor matrimonii insignis vergit in eam sententiam. Rursus periculum invitos circumveniendi, in re maxima non minimum est. Sicut contractum sanctissime observandum, ita pro contracto ni certissime constet, minime est habendum matrim. Itaque apud nos ut delatum non memini unquam, ita delatum iri difficile creditu est, certe non ad unius testimonium, nisi insuper exquisitis circumstantiis.

N. ADDIT.

Ita est, ut Autor dicit, favor irrationalis matrimonii eam sententiam, quam in Scholio commendavi, peperit: scilicet est conclusio fluens ex principio juris canonici, quod matrimonium sit sacramentum. Huic Juri etiam totum juramentum suppletorium debetur. Igitur verior quidem est illa sententia Scholii secundum doctrinam juris canonici. Verior Autoris secundum sane Evangelicorum principia.

14. Tempus, quo deferendum præstandumque sit juramentum, a Justiniano designatur in *l. 12. C. de reb. cred. & jurejur.* Statuit enim Imper. *ut omne juramentum sive a partibus illatum, vel in principio litis, vel in medio, vel in ipsa definitiva sententia, sub ipso judice detur, non expectata vel ultima definitione vel provocationis formidine.* Ex quibus verbis non modo post conclusionem in causa, sed etiam in ipso momento ferendæ sententiæ * juramentum deferri posse dicendum est. Variare tamen Interpp. super hoc tempore narrat A. Matthæus *d. disp. 10. th. 27.* Ipse concludit, tam judiciale quam voluntarium recte deferri post conclusionem, judiciale vero etiam in ipsa definitiva sententia, *ex d. l. 12. & l. 11. C. de sent. & interl.* in qua tamen nihil est aliud, quam Judicem non debere jusjurandum deferre duntaxat, absque definitione, quid fieri oporteat, si juramentum recusetur. Laudat Donellum ad *d. l. 12.* & Duarenum ad *tit. ff. de Jurejur. C. 3. in fin.* Neutrum de tempore deferendi iurisjurandi loquentem invenio; sed Wissenbachius noster, tantum post conclusionem in cau-

* Secus est Jure nostro, quo Actor Jurisjurandi delatione uti potest ‡ ante præstitam Guarandam litemque pure contestatam, *O. P. S. tit. 18. pr.* adeoque, postquam per sententiam ipsi injuncta probatio, aut ubi in probatione defecit, reo jusjurandum deferre nequit. Super replica tamen etiam post Guarandam præstitam ipsum juramentum ab altero exigere posse, supra *num. 42.* monitum, idemque ratione articulorum elisivorum, quibus rei exceptiones eliduntur, ipsi licere putat Berger *Diss. quousque in Saxonia liceat deferre jusjurand. th. 4.* Reo vero jus deferendi jusjurandum post litem contestatam statim, aut in articulis reprobatorialibus salvum est, unde Jurisjurandi delatio ipsi per sententiam solet reservari, ‡‡ conf. prolixe hæc prosequentem Berger. *l. c. §. 16. sqq.*

‡ Novissimo jure jusjurandum in ipso libello est deferendum, nisi, hoc neglecto, malit, refusis impensis curare, ut reus denuo citetur; delato jurejurando reus, in ultima saltim positione, quid sibi e re sua videatur, declaret, si hoc insuper habuerit, aut retulerit juramentum super iis factis, in quibus relatio locum non invenit, ad præstationem juramenti præcise tenetur. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 18. §. 1.* Super articulis elisivis replicæ vim habentibus, si non ipsi libello hæc inserta, in ipsa probatione jusjurandum deferre licet, ad quos, ut respondeat reus, sub pœna confessi & convicti citandus est, ut hoc fiat, preces fundendæ sunt ab actore articulos probatoriales porrigente, sub quinque thalerorum pœna; si neglexerit actor, ex officio citatio ita concipienda; quod ad responsionem rei attinet, idem, quod §. *præced.* constitutum, servandum. *d. Tit. §. 2.*

‡‡ Sive hoc factum fuerit, sive non, reprobaturo vel reo, vel actori, reo etiam probaturo exceptiones, juramenti delatione uti licet. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 21. §. 2.*

ſa juramentum deferri tradit ad *h. t. th.32.* Ad Legem vero *12. C. h. t.* idem nihil habet de tempore. Forte dicet aliquis, rem ipſam loqui in definitiva ſententia non niſi a Judice deferri poſſe juramentum. At ego non video quid vetet, litigantes paulo ante ſententiam alterum alteri deferre juramentum, idque ſub judice præſtari & inſeri ſententiæ, ut diſerte in hac Lege 12. conſtitutum eſt.

15. Additur, jusjurandum delatum, *ſub ipſo judice*, id eſt, apud eundem judicem, etſi appellatum fuerit, eſſe præſtandum, nec opus eſſe, ut expectetur *ultima*, ſcilicet, appellati judicis, *definitio*; quo præciditur, quod in *l. præced.* ſcriptum erat, poſt ſententiam non poſſe revocari juramentum, *ſi provocatione ſuſpenſa non ſit.* Ergo ſi provocatum fuiſſet, revocari poterat juramentum delatum. Ac ita liquet, id tunc in *l. 11.* ſub *ipſo judice* priore non fuiſſe præſtitum, ut Donellus etiam obſervat ad *d. l. 12. in pr.* quod hodie ſecus eſſe debet, ut cautum *l. 12.* Duarenus hoc tamen negat ad *d. tit. de Jurej. c. 3.* & contendit, hodieque ſententiam definitivam, ſub conditione, *ſi juraverit*, recte ferri, quam Veteribus ait in uſu fuiſſe, producens exemplum ex Seneca 4. *Controv. c. 13.* ſed longe melior eſt ratio Juſtiniani, ſubeſſe periculum, ne non hi, *qui jusjurandum præſtare ſunt juſſi, ab hac forte luce ſubtrahantur*, * quid tum juris, an obtinebit judicatum, qui ſub hac conditione vicit, an irritum erit? Scio, quæſitum eſſe hac de re in quadam Suprema Belgarum Curia, etſi quid definitum ſit, non intellexerim. At hoc ſcio, longe prudentius & menti Juſtinianeæ convenientius in noſtra Curia ſervari, ut juramentum *ſub ipſo judice*, id eſt, durante judicio præſtetur, ſententiæque inſerantur hæc verba; *gehoort den eedt:* non ut aliquando factum erronee, opinor, *des doende den eedt* &c. Nullam judex conditionem ſententiæ definitivæ inſerere debet, *l. 1. & l. 5. D. Quando appell. ſit*, nihilomagis *ſi juraverit*, quam *ſi probaverit*, ut hoc etiam fit aliquando: verum hæc ſunt Interlocutionum, ut non ita pridem hac de re, inter alia, conſulti e Drentia reſpondimus, in cauſa quadam Reviſionis; verum hæc res alio pertinet *ad tit. de Re Judic.* De reliquis *d. l. 12.* contentis vid. Donellum & Wiſſenbachium ad *d. l. 12.*

16. Effectus Jurisjurandi eſt, 1. recuſati condemnatio, *l. 34. §. 6 h. & l. 31. h.* Præſtiti aut ab adverſario remiſſi effectus eſt victoria; ſic, ut nihil probandum ſit, quam juratum eſſe, *l. 5. §. 2. h. l. 28. §. ult. h.* Hoc ſenſu juramentum tamen dicitur ſpecies quaſi novationis, *l. 26. §. ult. h.* nam quod vere novatio non ſit, patet ex *l. 9. §. 1. & 2. 3. l. 13. §. 5. h. l. 7. §. 7. de Public. act. l. 25. §. 1. de Conſt. pec.* ut prolixe probavimus *ad I. de Actionib. n. 15.*

SCHOLIUM.

Imo patet etiam ex ipſa l. 26. *ult.* hic, *in qua Paulus dubitanter loquitur, juncta* l. 30. pr. eod. *ubi aperte dicit, poſt jusjurandum, priorem actionem manere integram. Hac enim conjectura ſi non adeſſet, haberemus novum exemplum disſenſus inter Paulum & Ulpianum, cujus ſunt* d. l. 13. §. 35. h. & d l. 7. §. 7. ff. de Publ. act.

Proinde actio ex Jurejurando non tam eſt ſpecies actionis novæ, quam adventitia qualitas aliarum, *dd. ll.* Dix. in Prælect. ubi copioſe diſputatum eſt *ad tit. I. de Action. n. 15. & de Except. n. 6. & ſeqq.*

SCHOLIUM.

Contrarium aſſerui ad Strauch. XXII. 4. p 300. Conf. & Wiſſenbach. h. t. th. 40. *confuſe tamen & dubitanter hanc quæſtionem tractantem.*

RESPONSIO.

Tres hac de re ſententiæ ſunt. I. Per jusjurandum conventionale, veterem actionem plane tolli, quam Wiſſenbachius defendit th. 40. h. t. *contra quam diximus* locis citatis. II. *Non tolli veterem, ſed eam ſupereſſe, adjecta mentione præſtiti, aut remiſſi jurisjurandi, quæ eſt noſtra, quam & Struvius habet* Ex. 17. th. 51. III. *Quod actio ex jurejur. ſit nova actio, nec tamen novatio veteris; verum quod utraque detur, actoris arbitrio eligenda, quæ eſt Thomaſii & quos ille ſequitur* d. loco, *qui volunt, hanc actionem ſemper eſſe perſonalem,*

* Apud nos ſi is, qui ad juramentum delatum ſe legitime obtulit paratusque fuit ad ejus præſtationem, ante terminum juratorium deceſſerit, juramentum habetur pro præſtito, ‡ ſive ſit litis deciſorium ſive ſuppletorium aut purgatorium, Svend. *ad Fibig. p. 1327.* Imo ſi, interpoſita contra ſententiam appellatione, eventualiter tantum ad jusjurandum ſe obtulit, idem obtinebit juxta *Mandat. Elect. d. An. 1682. de oblation. jurisjur.* conf. tn. Carpz. *l. 6. Reſp. 120. n. 20. ſqq.* Stryck. *Diſſ. de Morte loco jurisjurandi c. 2. & 3.*

‡ Quod in Juramento, & judiciali, & omnibus aliis nunc ſecus eſt, heredibus ad de credulitate jurandum obligatis. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 18. §. 8.*

sonalem, etsi prior in rem fuerit: sed probatione laborant. Thomasius laudat Schützium id probantem, Comp. ad tit. de Jurejur. p. 141. *Nos Lectorem ad citata* superius n. 15. *ad Struvium* d. loco *remittimus.*

N. ADDIT.

Parum abest nostra sententia a sententia Autoris, certe in effectu. Et eo minus ea de re jam disceptandum est, postquam hodie nomen actionis in libello ponendum non est, sed sufficit simplex facti narratio & petitio.

Validius tamen est conventionale Juramentum, quam judiciale, cujus ratio & usus est in *l. 31. in f. h. l. ult. de Appell.* ubi sententia lata ex conventionali propter instrumenta noviter reperta non potest retractari, secus ac in Judiciali. ‡

SCHOLIUM.

Ad ea, quæ hoc & duobus seqq. numeris Autor ponit, intelligenda, repetendum est, eum per judiciale intelligere, quod Judex in judicio defert, per conventionale vero non saltem id, quod pars parti defert extra judicium, sed etiam quod in judicio.

RESPONSIO.

Non valde opus erat hac Scholii admonitione, per ea, quæ superius dicta sunt.

N. ADDIT.

Non quidem necesse erat ista admonere, sed opus tamen est semper admonere lectores de significatibus ambiguis vocum, ne male autores intelligant.

Item, a sententia lata ex Jurejurando conventionali non potest appellari, quod de Judiciali contra sese habet, *d. l. 31. & l. ult.* Ratio utriusque, ex eo, quod delato jurejurando, transactum videtur, *l. 5. h.* & quod in jurejurando conventionali sit duplex vinculum; Religio & conventio, sive renunciatio juris sui, per quam fit, ut absit omnis injuriæ interpretatio, quæ per judicem, si sententia ex eo lata nullo modo retractari posset, inferri videretur: Quod discrimen tanti est, ut conventionale ne quidem probato perjurio, retractetur, *l. 21. & sequ. de dol. mal.* eoque pertinet, quod dicitur in §. 4. *Inst. de Except. Iniquum est de perjurio queri*, de quo diximus abunde *ad d. tit. Inst. de Except. n. 8.* etsi perjurium non sit penitus impunitum, *arg. l. 23. de dol. mal. l. ult. de Stellion. l. 41. C de Transact. l. 13. C. de Test.* qua de re locus erit alius agendi. Verum quod diximus, conventionale juramentum, nec probato perjurio, retractari, recipit exceptionem ex *l. ult. C. h. t.* Si quis, herede deferente, juraverit, legatum sibi relictum posteaque nihil esse relictum constiterit, ab eo repeti potest legatum; addit rationem Justinianus; *ne cui ex delicto impium sibi lucrum adferre, nostris legibus concedatur.* Quæ ratio parum abest, quin generalem faciat regulam, quod, approbato perjurio, semper quod flagitiose quæsitum est, repeti possit, ut censet etiam Faber *dec. 19. error. Pragm. 5. n. 6.* ac ita judicatum refert apud Sabaudos, *l. 4. tit. 1. def. 2. & def. 24.* At vero cum in *d. l. ult.* species una tradatur, tutius est, hanc ut exceptionem considerari & stare regula, quæ est in *l. 2. d. tit.* Causa jurejurando conventionali decisa perjurii prætextu retractari non potest, *nisi specialiter hoc Lege excipiatur.* Sed graviter in hanc doctrinam Juris invehitur Grœnewegius *ad d. l. 1. C. h. t.* & sanctionem *Legis ult.* vult esse debere generalem, nec sine auctoritate multa. Nos veteribus Romanis non minorem jurisjurandi rationem, quam nobis habitam esse novimus; Sed vicit Transactionum & finiendarum litium favor. Ideoque Lex Romana, ubi non est abrogata, servanda videtur.

TIT. III.

De Jurejurando in litem.

I. Quid sit hoc Juram. & male dividi in veritatis & affectionis. II. Quo sensu pietate salva, veritas a jurejur. in litem removeatur. III. A quo deferatur, præstetur, & ex qua causa. IV. In quibus causis locum habeat. V. Usum ejus forensem esse rariorem, non tamen abolitum, exemplis declaratur. VI. An juramenti veritatis in Litem sit aliquis usus.

SUperest una species Juramenti Judicialis, quod appellatur IN LITEM. *Præstatur ab Actore, deferente Judice, ad æstimandam rem, quæ per dolum aut contumaciam rei non restituitur, l. 1. & l. 2. §. 1. h. t.* Vulgo distinguitur, quod sit *aut veritatis aut affectionis:* Sed absque Lege: nam ubicunque de jurando in litem agitur, videmus id opponi veritati, ut in *l. 2. §. 1. h. t.* unde miror, hanc

‡ Ibi enim contrarii probatio adhuc locum habet, sed non, nisi per documenta noviter reperta. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 30. §. 3.*

distinctio-

distinctionem probare dissentientes; namque ibi, cum dictum esset, *interdum quod intersit agentis solum æstimari*, subjicitur; cum vero dolus aut contumacia &c. *quanti in litem juraverit actor.* *In* l. 8. *Quanti res est, an quanti in litem juratum fuerit.* *In l.* 2. *C. h. t.* *Si vero neque dolus neque lata culpa & comissa jurisjurandi facultate judex de veritate cognoscet.* Ergo male se habet divisio in veritatis & affectionis.

SCHOLIUM.

Forte bene; nam objectioni Auctoris responderi potest ex dictis ad Strauchium 26. n. 14. p. 399. & seqq.

RESPONSIO.

In eo loco nihil responso aptum reperio, quam juramentum affectionis esse speciem nobilissimam, unde sæpius, voce juramenti in litem absolute posita, notetur. Sed nullum habet textum Thomasius, unde probet æstimationem ejus, quod vere interfuit, fieri per jusjurandum in litem, ὅπερ ἔδει δεῖξαι, *quod erat demonstrandum. Struvius adfert* l. 5. h. t. §. ult. *quæ nihilo magis ad rem facit, quam* l. 197. de V. S. *quam reliquis jungi vult textibus.*

N. ADDIT.

Jam diu mutavi illam Scholii sententiam & jam cum Autore sentio. Deduxit banc quæstionem fusius ex doctrina mea Dn. Phil. Reinh. Hecht in dissert. inaugurali de pretio affectionis in res fungibiles non cadente, anno 1701. sub Præsidio meo habita cap. 3. §. 3. seq. *Locum integrum huc apponere utile duco, cum ea dissertatio sit in paucorum manibus, & cum illa deductio contineat non ubivis obvia. Tralatitium est, inquit, juramentum in litem duplex esse, aliud* affectionis, *aliud* veritatis. *Illud vocant, quando res æstimatur per juramentum non quanti revera est, sed quanti valet ex singulari affectione Domini: hoc vero, quando res æstimatur ex veritate. Et hac est communis Interpretum, Pragmaticorum præsertim, opinio, judice Hunnio* de rerum æstimat. Sect. 2. q. 5. *Sed sicuti jam Faber infinitos errores Pragmaticorum annotavit: ita me crimen nullum admissurum puto, si & hanc distinctionem, canonisatam licet tot interpretum autoritate, iisdem erroribus involutam esse existimem. Quanquam enim Juramentum in litem affectionis fundatum in jure esse haud dubitem, juramentum tamen veritatis ad prædicata Hippocentauri referri utique meretur, h. e. quod non sit in rerum natura,* §. 1. l. de inutil. stipul. *Et quid opus esset juramento veritatis, cum in iis casibus, ubi de vero pretio præstando agitur, judex ipse æstimet, actor plane non juret, id quod jam textibus Juris civilis liquidum reddere necesse est. Initio* ex l. 1. ff. de in lit. jurand. *constat, jusjurandum in litem unice ab Ulpiano definiri, ex eo, quando* ex contumacia lis æstimatur ultra rei pretium, *quod fit, ubi ob affectionem æstimatio crescit. Et Paulus* in l. subseq. 2. §. 1. eod. *id ipsum evidentius declarat: Duas enim ibi propositiones format. Prima est.* Interdum quod intersit agentis, solum æstimatur. *Quomodo, & a quo? Non per Juramentum, id enim verba sequentia non admittunt, nec doctrina communis JCtorum, qui, quoties culpa non restituitur res, æstimationem judici relinquunt, uti mox dicemus. Ergo, ubi solum interesse æstimatur, juramentum cessat. Huic ex adverso opponitur altera Propositio.* Cum vero dolus aut contumacia non restituentis punitur, æstimatio fit, quantum in litem juraverit actor. *Et hoc demum est juramentum in litem. Sed progrediamur ad reliquas leges hujus tituli.* In l. 3 *Ulpianus negat referri posse jusjurandum in litem ob nummos depositos, cum certa sit nummorum æstimatio, & præterea affectionem non recipiant. Idem tamen asserit, posse deferri juramentum, si quis jurare velit de eo, quod sua interfuit, nummos sibi sua die redditos esse, veluti, si sub pœna pecuniam debuit, aut sub pignore, quod, quia deposita ei pecunia abnegata est, distractum est. Hic igitur forsan inquis, juramentum in litem veritatis erit? Imo forsan non erit. Non enim Ulpianus dicit, deferri hoc in casu juramentum in litem, de quo tamen casu nobis unice sermo est. Alioquin enim omnia juramenta judicialia & necessaria huc referre posses, ubi itidem veritas rei asseritur, id quod tamen hactenus nemini, ut puto, unquam in mentem venit. Jurat hoc casu actor sibi tantum abesse, & sic de fundamento suæ assertionis, quod alias probare in judicio debeat, per juramentum Judici fidem facit. At hoc non est juramentum in litem. Idem Ulpianus* in l. 4. pr. eod. *negat, tutores esse cogendos ad subeundum hocce juramentum. At quale intelligit? Sine dubio affectionis. Id enim evincunt verba sequentia:* Grave enim videbatur & ignorantes *affectionem, quam pater pupillorum erga rem habuit, & pupilli habere possunt,* & invitos tutores sub alieni compendii emolumento, *dum ultra verum rei pretium ob affectionem æstimatio crescere debeat*, etiam perjurium anceps subire, *si forsan non tantam erga rem affectionem habuerit pater pupillorum, quanti iurasset. Et ne*

forsan dubium aliquod supersit, concludit hanc legem §. ult. Ulpianus hisce verbis, sententiam nostram apprime firmantibus: Ex culpa autem non esse jusjurandum deferendum constat, sed æstimationem a judice faciendam. *Id quod etiam Marcianus suo approbat calculo*, in l. 5. §. 3. eod. *inquiens*. Sed in his omnibus ob dolum solum in litem juratur, non vero ob culpam, hanc enim judex æstimat. *Equidem* in §. seq. 4. *hæc assertio videtur esse limitata, & exemplum juramenti veritatis positum, ad quod etiam interpretes incaute provocare solent, dum ratio a JCto ponitur, cur in actionibus stricti juris aliquando in litem juretur, quia sc. judex non possit æstimare rem, quæ non extat, sine delatione Juramenti. Judex enim de veritatis pretio æstimat. Si ergo Judex ad hoc inveniendum juramentum in litem defert, dabitur utique juramentum in litem veritatis. Sed ad hoc dubium infra commodior respondendi locus erit. Ergo adesse jubemus Marcellum* in l. 8. eod. *qui aperte a nostris stat partibus. Exemplum ibi affert de Tutore rem adulti, quam possidet, restituere recusante, quæritur itaque, utrum* quanti res est, *an* quanti in litem juratum fuerit, *condemnari debeat? Respondet, non æquum esse*, pretio, (*vero nimirum*) litem æstimari *sc. a Judice*, cum & contumacia punienda sit. *Et Marcellum in verbis, ubi negat*, pretio litem esse æstimandam, *non respexisse ad juramentum in litem; sed ad taxationem Judicis, patet ex oppositione verborum sequentium:* arbitrio potius Domini rei pretium statuendum esse, potestate petitori in litem jurandi concessa, *quam ipsius Judicis, secundum veritatem litem æstimantis absque ullo petitoris juramento. Quid vero Javolenus* in l. 9. eod? *Ille tantum solicitus est, ut formulam Jurisjurandi in litem in materia condictionis furtivæ explicet, ut sc. dum actor affectionem suam jurejurando in litem exprimere velit, & vero in formula condictionis videat se jurare debere*, tanti *rem fuisse, non hæsitet ac cogitet, in jurejurando in litem jurari de tali summa, qua* pluris *rem æstimat jurans*, *quam* quanti *res communiter vendebatur. Respondet enim Javolenus: Quod res* pluris *est, utique* tanti *est, sc. ex affectione ejus, cui res furto est ablata. Forsan Callistratus* in l. 10. eod. *dissentientibus aliquod patrocinium afferet? sed leve erit, si examinetur accuratius: Quæstio ibi solvitur de instrumentis non exhibitis, actorique permittitur* in litem jurare, quanti *sua interest, ea proferri, ut tanti condemnetur reus. Ergo inquis, habebimus juramentum in litem, ubi pretium veritatis attenditur. Minime vero. Nam lex de nullo pretio loquitur. Instrumenta enim, quia merx non sunt, nec pretium affectionis habent, nec verum pretium. Ergo ex natura rei non poterit aliter res æstimari, quam quanti interest. Denique agmen claudat Paulus* in l. f. eod. *qui evidentius firmat nostram hypothesin dicendo.* De perjurio ejus, qui ex necessitate juris in litem juravit, quæri facile non solere. *Si de vero pretio juraretur, facile possit de perjurio quæri, quia facile posset ostendi, tanti rem non fuisse. At cum juretur de affectione, quis me facile convincet, me falso jurasse? Nec nova hæc opinio est de solo Juramento affectionis, cum jam dudum Wissenbach. & Huber.* ad ff. h. t. *hanc eandem fovisse constet. Fortius vero contra nos pugnare videntur Marcus Lyclama* in comm. de ineund. rei debitæ æstimat. ad l. 27. de R. Cred. n. ult. *& Joh. Corasius* 6. Miscell. 1. *qui omne Juramentum affectionis negant, & unicum solummodo Juramentum veritatis stabilire conantur. Verum ex hactenus dictis tela eorum facile rumpi & repelli poterunt. Putidum enim fundamentum est, quod petitur* ex l. 63. pr. ff. ad L. Falcid. *ubi Paulus (qui tamen, ut* ex anteced. *§. §. constat, tam perspicue pro juramento in litem affectionis pugnat,) ita:* Pretia rerum non ex affectu, nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur. *Exinde colligere volunt, ergo non datur juramentum in litem affectionis. Quid vero inde aliud evincitur, quam quod, ut* c. 1. *jam prælibavimus, in civitate rarius, & non nisi ex necessitate, imo extra ordinem recurratur ad pretium affectionis, ordinarie vero respiciatur ad pretium legitimum. Quis autem hoc negat? Regula non excludit exceptiones. Porro dicunt, in operis servorum æstimandis, negat Ulpianus* in l. f. ff. de oper. serv. *æstimationem haberi voluptatis vel affectionis, veluti, si dilexerit servum dominus, aut in pretio habuerit. Ergo &c. At vero hic non agitur de dolosa denegatione restitutionis, ubi juramentum in litem affectionis demum locum habet: Termini etiam habiles in omni casu supponendi sunt. Neque huc commode applicari potest* l. 1. §. 15. ff. si quid in fraud. patron. *ubi patronus non auditur revocare volens rem justo pretio a liberto venditam, propterea quod dicat, rem quidem justo pretio veniisse, veruntamen hoc interesse sua, non esse venundatam, inque hoc esse fraudem, quod venierit possessio, in quam habet patronus affectionem vel opportunitatis, vel vicinitatis, vel cœli, vel quod illic educatus sit, vel parentes*

res sepulti. Respondet enim ipse Ulpianus, hic non agi de restitutione rei dolose denegata, ne quidem fraudem in hoc casu, ubi justo pretio res vendita est, concipi posse, cum demum tum fraus subesse credatur, si damnum pecuniarium subsit, id quod tamen cessat, ibi justo pretio res veniit. Ad l. 33. ff. ad L. Aquil. *infra commodius respondebimus, disquisituri, cur in L. Aquil. non juretur in litem. Ceterum quæ ulterius dicti Autores formant argumenta contra juramentum in litem affectionis, ea partim petunt id, quod est in principio, veluti, quod nusquam legatur, ex affectione sola æstimationem rei crescere, item quod juramentum in litem deferatur ratione ejus, quod pecuniariter actoris interest, damnum autem pecuniarium in affectione non consistere. Partim vero ad ea jam supra responsum,* sc. ad l. nummis. 3. & l. in instrumentis 10. ff. de in lit. jurand. *partim etiam aperte falsa sunt, veluti, quod alioquin duo specialia circa eandem rem concurrant, sc. ut actor constituatur judex & testis in propria causa, & simul juret de propria affectione, nam hoc non inconveniens esse in jure nostro, apparet* ex §. 5. I. de adopt. *ubi duplex fictio concurrit. vid. Huber.* in posit. ad I. cit. tit. *§. 8. Denique duo reliqua argumenta minus ponderis habent.* Si enim, *inferunt*, ex contumacia crescit æstimatio, non crescit ex affectione. *Negamus enim consequentiam, cum ejusdem rei plures possint esse causæ. Crescit æstimatio ex contumacia, h. e. dolus Rei causa est, cur juretur in litem, & tamen simul crescit ex affectione, h. e. actor jurans jurat de affectione sua, quæ pluris est, quam pretium vulgare. Et illud oppido falsum est, quod jurare ultra veritatem ex affectione, sit pejerare. Naturam perjurii, & juramenti in litem affectionis, sine dubio non intellexit Corasius, dum hæc scripsit. Reliqua huc pertinentia vid. apud Hunnium* de rerum æstimatione, S. 2. quæst. 2. *Ut vero mentem nostram, quam de Juramento in litem explicando leges singulas, dedimus, explicemus, dedere illæ leges occasionem inquirendi, qua ratione commodius jusjurandum in litem dividi posset. Et tum rei natura tum consensus Legum Romanarum nos eo deduxit, ut asseramus, jusjurandum in litem rectius dividi posse in* regulare & irregulare. *Illud vocamus, quod præstatur de rebus, quarum pretium est, & quæ mercium vicem possunt sustinere in emptione venditione. Atque hoc semper affectionis est, quia tales res supponit, in quas cadit affectio. Juramentum vero in litem irregulare vocamus, quod præstatur de rebus, quæ mercium nomine non veniunt, ut sunt res incorporales, jura, servitutes, & quæ in facto consistunt, ut exhibitio inventarii, harum rerum proprie non est pretium, multo minus aliquod pretium affectionis, nec sunt objectum emptionis venditionis ordinarium, unde hic juratur necessario, quanti interest. Et sic facilius forsan jam intelligi potest* l. 7. ff. si servit. vindic. *Ubi: si non præstetur in actione confessoria, quod præstandum erat, neque caveatur, tanti reus condemnandus, quanti actor in litem juraverit. Quis vero dixerit, hoc casu adesse pretium veritatis? Similiter, ratione instrumentorum non exhibitorum permittitur actori jurare in litem, quanti sua interest, ea proferri* l. 10. ff. de in lit. jur. *Quamvis itaque hoc casu dolose denegetur exhibitio, non tamen regulare Juramentum in litem præstari potest, ob deficiens objectum affectionis, sed quanti alterius interest. Hanc distinctionem dum neglexerunt Doctores, in crassum inciderunt errorem, ut putaverint, hoc in casu adesse juramentum veritatis, quod semper locum habeat, si culpa res non possit restitui, cum tamen in casu culpæ plane non juretur, sed ipse judex rem taxet. Quid vero, si ex hypothesi communi in illis casibus, ubi irregulare locum habet, non possit adesse juramentum veritatis, cum circumstantiæ casuum ibi propositorum indicent, non de culpa, sed potius de dolo agi? Ast de dolo non præstatur veritatis, sed affectionis juramentum, etiam ex communi hypothesi.*

2. Sed difficile explicatu videtur, quo sensu juramenti religio salva pietate, veritati opponatur. At tu dic, etiam in ipso, quod excedit veritatem, jureiurando, veritatis tesseram posse servari; nam & in affectione veritas non minus, quam in pretio rerum consistit: si quis mihi nolit restituere vas fictile trium assium, quod a carissimo amico profectum ego tribus aureis amittere nolim, vere in tres aureos jurari potest, etsi verum pretium excedat. Nam hæc affectionis æstimatio non habet terminos, abit in infinitum, *l. 4. §. 2. in pr. h. t.* quod tamen civiliter accipiendum, non exclusa judicis moderatione sive taxatione, quæ vel sequi potest, vel etiam præcedere, *d. l. 4. §. 2.* cujusmodi taxationem præviam magis in foro servari, testatur Grœnewegius *ad h. t.* neque tunc alia taxatio, post juramentum præstitum, adhiberi potest, *d. §. 2.*

3. Defertur a Judice, non ab alio, *d. l. 4. §. 1.* Præstatur ab eo, qui litem suo nomine contesta-

tus est, *l. 7.* Tutores & curatores inviti non jurant, *l. 4. pr.* Causa est dolus vel contumacia, *l. 2. §. 1.* culpa excluditur, *l. 5. §. 3.* ut tamen lata culpa pro dolo habeatur, *l. 2. C. h. t.* nisi cum Struvio distinguendum sit, inter obligationes ejus quod interest, & alias restitutiones, *ad h. t. n. 66.* de dolo defuncti adversus heredes non obtinet, nisi lite cum defuncto contestata, *l. 4. & 5. C. h. t.* Locum habet in actionibus in rem, ad exhibendum, & in b. f. judiciis, quibus de restituendo agitur, *l. 5. pr. h. l. 3. §. 2. Commod. l. 1. §. 26. Depos. l. 48. §. 1. Locat.* Etiam in judiciis stricti is possunt esse termini habiles, ut in *l. 5. §. ult.* non tamen regulariter, *l. 6.* Termini autem habiles sunt, cum species debetur, eaque periit & mora facta est, *d. l. 5. §. ult.* Denique in instrumentis, quæ quis non exhibet, actori permittitur in litem jurare, quanti sua interest, ea proferri, *l. pen. h.*

4. Quod ad usum hujus juramenti attinet, * Zypæus *notit. jur. Belg. tit. de Jurejur.* negat, hanc speciem jurisjurandi in Galliis & plerisque Belgii locis frequentari; neque mihi constat, ullum in nostro foro exemplum ejus extare; nec adeo putem, etsi dolus aut contumacia intercedat, si tamen judex argumentis liquidis veritatem investigare possit, ut est in *l. 2. C. h. t.* hanc effusam jurandi licentiam locum inventuram. Quod si veritas nullo modo sciri queat, non video posse abolitam censeri rationem *l. 5. §. ult. h. t. Judex, sine delatione jurisjurandi æstimare non potest rem, quæ non extat, & quæ dolo Rei periit.* Quid enim, si quis cistam rebus pretiosis & instrumentis rerum creditarum plenam apud alium deposuerit, isque dolo cuncta interverterit, an reus absolvendus, ideo quia judex æstimare non potest quod ignoratur? Imo quid juramentum in litem hoc casu impediret, nihil proferri potest, ac ita D. Bokelmanus & ego rogati, Leidæ respondimus anno 1676. mense Junio; cum Prætor Hagiensis ille famosus *van Banken*, cistam ejusmodi apud ipsum a matrona, quæ a viro dissidebat, depositam, per fide intervertisset.

5. Aliud exemplum anno 1680. G. Sp. Advocatus senior apud Curiam Frisiæ, acceperat, *a Johanne Wiersma* Codicem rationum, cum mandato exigendi nomina & in jus vocandi reliquatores. Idem a matrona quadam similem acceperat librum, quem penitus excussum, ut nihil valoris amplius contineret, domina vetus ab eo repetierat. Ille de Bibliotheca sua Codicem Wiersmanum protulit, eumque non inspectum tradidit matronæ; quæ putans suum esse librum, dedit eum non examinatum filio venditori tabaci, a quo discerptus & in loculos tabacinos erat consumptus. Wiersma deinde suum requirente librum, Advocatus errore cognito, convenit matronam, ut redderet librum, aut id quod interesset sua, ratione petitionis Wiersmanæ præstaret. *Illa cum filio, simplicitatem ingenuam præferentes, nec ulla doli suspicione, me referente, absoluta est, repulso cum impensis Advocato:* Qui manebat obnoxius Wiersmanis, ipso defuncto, heredibus. At hi nullo modo probare poterant, quantum ex reliquis libro suo contentis exigi potuisset, æstimabant tamen nescio quot millibus florenorum. Advocatus, quod librum ex causa mandati creditum, supina negligentia, non inspectum tradidisset, sine dubio latæ culpæ reus erat, quæ in materia mandati, accedente publici officii exactitudine debita, pro dolo habenda fuisset, per *d. l. 2. C. h. t. l. 1. §. 2. Si mens. fals. mod.* nec ullus, nisi juramento in litem medio, exitus inveniri potuisset: Sed causa mortibus aut transactione sopita, non pervenit ad rem judicatam. Temperamentum sane taxationis judicialis, quod leges

* Nec apud nos usus hujus Jurisjurandi deficit. Aliud tamen Juramentum circa damnum per vim ablativam vel expulsivam datum, Jure Saxonum est introductum, quod diminutionis sive Minorationis der Verminderungs Eyd, ‡ appellatur, vi cujus reus, qui damnum dedit, actore super ejus æstimatione juramentum deferente, nisi quantitatem ab actore expressam præstare velit, eam jurejurando suo minuere tenetur. vide *O. P. S. tit. 31. 1.* L. R. *l. 3. art. 47. & 51.* conf. Schilter. *ad ff. Ex. 23. § 58. sequ.* Atque hoc juramentum a reo actori nequit referri, Martin. *ad d. tit. 31. n. 14.* Langius *Proc. c. 35. n 93.* declinari tamen per probationem contrariam, quo casu reo regressus ad jusjurandum non denegatur. Richt. *P. 1. dec. 5. n. 21.* Svend. *ad Fibig. p. 559. sq.* Cæterum diversum esse hoc juramentum a Zenoniano Sacramento, docet Carpzovius *P. 1. C. 23. d. 18.* non tamen hoc apud nos, per illud sublatum esse, ostendunt præjudicia adducta a Horn. *Disp. de Sacrament. Zenoniano. §. penult.*

‡ Hoc jure novissimo plane est abolitum. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 31. §. 1.* Neque tamen idem dicendum de Juramento in litem, aut Zenoniano, ita quidem, ut & in Saxonia nostra contra prius illud nulla admittatur probatio. *d. Tit. §. 2.*

sugge-

suggerunt, diligenter hodieque servaretur, quo salvo, non est ut hoc juramentum ab usu remotum videri possit.

6. Diximus, juramentum *veritatis* in litem e legibus probari non posse; sed tamen an nullus ejus usus detur, quæri potest. Qui enim e contractu ad restituendum obligatus, per levem culpam fecit, ut restituere non possit, v. gr. rem depositam vel commodatam, si veritas ejus quod interest, nullis probationibus declarari queat, an hoc casu juramentum, quo non liceat excedere veritatem pretii, deferre licet actori? Non dubitat Struvius *n. 69. h. t.* & quicunque distinctione juramenti in litem, quod sit affectionis, aut veritatis, utuntur. Sed leges, quæ citantur, nihil habent ejusmodi; Et in Foro, quod ægre de casu doli & contumaciæ receptum videmus, ex causa levis culpæ admissum minime constat: Maxime, quia, cum res non extat & probationes deficiunt, juramentum veritatis ad ipsa rerum pretia referri non potest, sed ad conscientiam æstimantis; quæ species a juramento affectionis in usu atque eventu non admodum discreparet, supposito semper judicis arbitramento. Nihil igitur est, quo hujus speciei usus, aut ex legibus, aut in usu fori demonstretur. Quod aliqui volunt, in Actione Empti venditi cessare juramentum in litem, non habet rationem, cum hæc sit princeps bonæ fidei actionum, in quibus huic jurijurando datur locus inprimis, *l. 5. h. t.* Nam quod in *l. 4. C. de Action. Empt.* habetur; id quod interest, emptionem esse completam, arbitrari Præsidem, primo non ad æstimationem rei deperditæ, sed ad omne id quod interest pertinet, quod non æstimatur jurejurando in litem: dein nulla est actio, quæ jusjurandum in litem recipit, quæ similiter judicis arbitratum non admittat.

Tit. IV.

De condictione causa data, causa non secuta.

I. Condictio in genere, & hæc in specie quid sit. II. Quando locum habeat. III. Quæ sit hujusce condictionis causa. IV. Quid Juris, si casu fortuito causa non sit impleta. V. An hodieque usum habeat condictio ob pœnitentiam. VI. An hæc etiam heredibus competat. VII. De fructibus &c.

Condictionis vocabulum late quamlibet actionem in personam significat, *§. 15. I. de Act.* stricte ejusmodi personales, quæ non habent nomen speciale: quales in argum. hujus tituli & seqq. tractantur, qua de re copiose diximus ad *tit. I. de Action. n. 23. & sequ.* ubi naturam condictionum & differentiam ab actionibus in Rem fuse prosecuti sumus.

2. Locum igitur præcipue habet in contractibus innominatis, qui a datione inchoantur, non qui a facto; cum factum infectum fieri nequeat, nisi tale factum sit, addit Thomasius *in Schol.* quo aliquid ad alterum pervenit, ut in *l. 4. h. t.* junct. *l. 115. in pr. de R. J.* Cæterum, quæ data sunt, quamdiu alter non fecit, revocari possunt, non modo, si neglexerit, verum etiam, si non potuerit facere, vel etsi dantem pœnituerit, *l. 3. §. 2. h. t.*

3. Frustra quæritur aliunde causa hujus actionis, quam ex ipso contractu innominato; cujus hæc præcipua a nominato differentia est, quod non habeat terminos stabiles, & quod ideo retractari possit, quamdiu res ab utraque parte non desiit esse integra.

SCHOLIUM.

Sed actio ex contractu non tendit ad contractus rescissionem, præprimis, si sit contractus stricti juris, uti contractus do ut facias.

RESPONSIO.

Est hæc ratio Bachovii. Mea sic est; Omnis contractus parit actionem naturæ suæ convenientem, quæ si talis sit, ut libertatem, re integra, a negotio discedendi contineat, actionem in hunc quoque finem producit, ut actio empti ad rescissionem, l. 2. C. de Rescind. vend. *Pro socio, mandati, Depositi, ad revocationem*, §. 4. I. pro Soc. §. 9. I. Mand. l. 1. §. 45. Depos. *Instantia Thomasii de stricti juris contractibus, in contrarium vertitur. Nam fides in bonæ fidei contractibus sanctius servanda est; Proinde, si in his detur actio ad revocandum, in strictis multo magis dabitur.*

N. ADDIT.

Regero I. Ex meis principiis moralibus sic edoctus sum, fidem in omnibus contractibus, sive sint bonæ fidei sive stricti juris, æque sancte esse servandam, eamque in stricti juris & bonæ fidei contractibus esse differentiam, quod cum hi sint bilatera-

 les,

les, illi vero unilaterales, in illis nil ulterius præstandum, quam fuerit promissum, in his autem, quia proportio mutuæ præstationis non potuerat verbis promissi ad punctum exprimi, bona fides exuberantior (id est præter verba æstimanda) requireretur, (quam bonam fidem exuberantiorem Autor miscuit cum fide sanctiore.) propterea etiam in judiciis stricti juris officium Judicis pedanei adstrictum erat ad formulam & verba promissi, in b. f. judiciis vero officium erat laxius, ut & ipse judex ex bona fide, i. e. ex æquitate præter vel etiam contra verba promittentia, secundum naturam contractus posset judicare. II. Hinc vero fuit ratio, cur etiam in judiciis bonæ fidei admitterentur a quibusdam JCtis veteribus, (nam nec hic omnes consensisse, ex variis textibus Pandectarum patet.) actiones ad rescissionem contractus tendentes sub nomine actionis ex contractu; at in judiciis stricti juris nullus unquam JCtus dixerit, actionem ex contractu stricti juris, dari ad ejus rescissionem. III. Unde sunt etiam ex Commentatoribus ad l. 2. C. de Resc. vend. *qui ipsam formulam* d. l. 2. *non volunt esse actionem empti venditi, sed condictionem ex lege.*

Bachovius *not. paratit. h. t.* causam hujus condictionis vult esse quasi-contractum; sed, ut videtur, absque ratione.

SCHOLIUM.

Imo non sine ratione, per ea, quæ Struv. h. t. th. 4. Schütz. h. t. p. m. 152.

RESPONSIO.

Fundamentum eorum est in l. 13. §. 2. in fin. D. Commod. Plerumque id accedit, ut extra id quod agitur, tacita obligatio nascatur. *In contractu do ut facias, id agitur expresse, ajunt, ut causa sequatur*; insimul vero, *Struvius*, id tacite agitur, ut si causa non sequatur, repetere datum liceat, *atque in ea Re volunt esse quasi-contractum. Nos id, quod tacite agi tradunt, non negamus in hoc contractu* do ut facias, *verti, sed quasi-contractum inde non magis admittimus, quam in* d. l. 13. §. 2. Commodati, *ex eo, quod tacite in commodato agitur*, quasi-*contractum miscemus cum vero contractu. Multa novimus inesse naturæ contractuum tacite, e quibus si toties quasi-contractus facere velimus, in immensum illos augebimus. Do ut facias æque est verus contractus, quam Commodatum: In utroque præter id quod expresse, aliquid tacite agitur. Tam quod tacite, quam quod expresse, pars est veri contractus, ac inde parit actionem: non expedit jura confundere, verosque & quasi-contractus a conditoribus Artis secretos, in unum compingere.*

N. ADDIT.

Unica responsione cadent omnia, quæ hic differuntur contra Struvium, scil. Autorem miscere naturam contractuum stricti juris cum contractibus b. f. secundum ea, quæ modo diximus. In Contractibus b. f. fatemur, ea, quæ tacite extra id quod agitur, in obligationem veniunt, parere actiones ex vero contractu illo, inde in d. l. 13. §. 2. *JCtus diserte dicit, ex commodato ibi agi. Sed eadem lex docebit, aliud esse in contractibus stricti juris. Solvi tibi, quasi deberem, non debeo, idem est ac si mutuo dedissem. Sed an hic dabitur condictio certi ex mutuo? Annon condictio indebiti est ex quasi-contractu? Et tamen JCtus in* d. l. 13. §. 2. *illum casum commodati comparat cum Condictione indebiti. Cur non hic etiam Autor ursit: Mutuum æque est verus Contractus ac Commodatum? Imo hoc intuitu Autor ipse recte alibi,* d. l. 13. §. 2. *quantum ad solutionem indebiti attinet, & similes actus, emendat, & loco tacitæ obligationis vult substitui obligationem ex æquitate a lege* præsumtam, *quæ est natura quasi-contractus.* vid. Autor in prælect. ad inst. tit. de obl. quæ quasi ex contr. n. 1. & nostram novam addit. ad eund. tit. n. 8. item ad Pand. supra ad tit. ad exhib.

4. Igitur, si dolus, culpa, mora, vel factum ejus, qui accepit, arguatur, non est dubium, quin repetat is, qui dedit; Si casus fortuitus obstiterit, multis modis distinguitur, ut videre licet apud D. Wissenbach. *disp. 25. part. 1. Pandect. th. 3.* Tu consule *l. ult. vers. & ideo. h. l. 15. §. 6. Locat.* Dicendum videtur, in permutatione, si res pro re vicissim non detur, licet ob casum fortuitum, esse repetitionem, secundum *l. ult. h.* de qua vid. Wissenb. *n. 5. h. t.* non obstante *l. 5. §. 1. de Præscr. verb.* ad quam respondebimus ad *tit. de præscript. verb.* In cæteris regulam esse, condictionem ejus quod superest cessare, nisi impedimentum fortuitum a parte ejus, qui accepit, profectum sit, aut inde sit locupletior cum alterius jactura, *l. 3. l. 5. pr. h. & l. pen. C. h. t.*

SCHOLIUM.

Quæ hic Autor in synopsi tradit, latius exponuntur per distinctiones Struvii, h. t. th. 9. 10. seqq.

5. In Foro cessare condictionem ex causa pœnitentiæ, tradit Schotan. *exam.* & Grœneweg. *ad h. t.*

SCHOLIUM.

Nec forte sine ratione. Nam de jure Romano pro-

promissio contractus innominati per se non producebat actionem, sed considerabatur ut pactum nudum, nec antequam unus implevisset, contractus dicebatur. Jus igitur Romanum, ante unius adimplementum utrique concedebat pœnitentiam, postea soli illi, qui adimpleverat, licebat pœnitere, & cum effectu quidem, ut per actionem præsentem datum repetere possit. At hodie moribus nostris, ex pacto nudo datur actio, unde videtur fluere, quod in promissis ad contractum innominatum tendentibus, etiamsi neuter adhuc aliquid impleverit, pœnitentia in utroque cesset; ita ut uterque alterum per condictionem, ad promissum ex sua parte adimplendum cogere possit: minus igitur licebit ei, qui ex sua parte satisfecit promisso, rem datam repetere, cum alias deterior futura esset conditio possidentis quam non possidentis, quod absurdum.

RESPONSIO.

Si nihil in contractu innominato, quam promissio facti & datio ad illam relata spectatur, ratio Thomasii, quæ est eadem Schotani & Groenewegii, procedit; verum si teneamus, in datione propter causam, id agi tacito partium consensu, ut quamdiu causa non est secuta, liceat revocare quod datum est; nihil profertur, cur hac tacita conventio hodieque vim suam non habeat.

N. ADDIT.

I. Mirum, quod Autor plane nihil respondeat ad objectiones in Scholiis propositas, sed saltem alia objectione thesin suam probare intendat. Ad quam II. facilis est responsio, eam supponere falsam propositionem, quasi in datione propter causam id agatur tacito partium consensu, ut liceat revocare. Est enim hic consensus a lege præsumptus, adeoque non verus nec tacitus proprie dictus, per ea, quæ latius docentur in locis ad finem n. addit. præcedentis citatis.

Magis est igitur, ut cum Grotio dicamus *Introd. Jur. Holl. l. 3. c. 31. n. 10. Quamdiu vicissim non est datum aut factum, in hujusmodi negotiis pœnitentiæ locus est, quoniam hi contractus rei interventu proprie suam perfectionem consequuntur. Verum si in tali conventione diserte sit dictum, omnem pœnitentiam excludi, hæc conventio statim apud nos plenum haberet effectum;* adde, *etiam jure civili;* Mant. *de ambig. convent. l. 1. tit. 8. n. 17. cum seqq. pr. l. 3. C. de Rer. permut.* Æquitatem hujus doctrinæ plenius exequitur Mæstert. *de just. LL. Roman. dubit. 38.* Denique apud Nautam nostrum *Decis. MS. 50.* sic reperio, fuisse Curiæ Supremæ Judicium; posse eum, qui dedit, repetere, quamdiu alter non fecit aut dedit vicissim: ut nec cogatur agere ad implementum facti aut dationis reciprocæ, adversus alterum. *In causa Jelle Gerks Appellantis, contra Ruird Hendriks .... 1638.*

6. Plane, si eventus causam frustratus sit, eo casu repetitionem dari, neminem ambigere constat, ut diximus; velut, si matrimonii causa datum aliquid, nec id secutum sit, culpa dolove promissoris, cui datum fuit, *l. 3. in pr. h. l. 2. & l. 6. C. h. t.* eaque sine dubio datur etiam heredibus actio. An iisdem jus revocandi, quod defunctus non exercuit, ex pœnitentia competit? Negat Struvius, *ad h. t. n. 16.* At si verum est, hoc tacite inter partes agi, ut quamdiu causa non est secuta, liceat repetere quod datum est, nihil causæ videtur esse, cur in heredibus ex natura omnium conventionum, non sit permittendum, ut Jason & *citati ab ipso Struvio* statuerunt.

7. Denique, fructus & accessiones rerum pariter in condemnationem veniunt, *l. 7. §. 1. & l. 12. h.* non etiam usuræ, per *l. 4. C. de condict. ob turp. caus.* nec enim est ex bonæ fidei judiciis, in quibus usuræ sine stipulatione debentur, *l. 32. de Usur.* qua de re plura Struv. *h. n. ult.*

TIT. V.

De condictione ob turpem vel injustam causam.

I. Qualis hæc condictio; an differant turpis, ac injusta causa. II. Quænam ejus origo & fundamentum. III. In eo, quod meretrici datum est, unius an utriusque sit turpitudo. IV. An qui judicem in bona causa corrupit, repetere possit. V. Ipso jure nulla sit promissio turpis, an per exceptionem elidatur.

Condictio hujus Rubricæ datur ei, *qui ob turpem vel injustam causam, ipse turpitudinis expers aliquid dedit, adversus eum, qui turpiter aut injuste accepit*, exemplis hoc titulo passim obviis: ut puta; Dedi tibi, ne sacrilegium facias, ne furtum, ne hominem occidas, *in l. 2. h. t.* Turpem ab injusta causam distinxisse videntur auctores juris; & hac Rubrica secretis vocibus, & dua-

duabus in Codice distinctis inscriptionibus; *de Condictione* ex lege, & sine causa, *vel injusta causa.* At quo sensu, mire variant Interpretes. Alii *turpe* respectu futuri, *injustum* respectu præteriti intelligunt, ut Struvius *th. ult. ad h. t.* Aliter Frauzkius ad *h. t. n. ult.* Aliter Thomasius ad Strauch. *diss. 22. th. 9.* qui tamen magis Schiltero adsentitur, nullum stabile *discrimen agnoscenti*, ut nec Græci, Stephan. *ad l. 6. h. t.* τὸ δὲ ἐξ injusta causa καὶ τὴν αἰσχρὰν αἰτίαν περιέχει, ὥσπερ ἂν καὶ ἡ αἰσχρὰ αἰτία τὸ ex injusta.

N. ADDIT.

Apponam jam integrum locum ex notis ad Strauchium. Condictionem ex turpi vel injusta causa diversas faciunt, Schütz in comp. h. t. p. 155. *Struv.* exerc. 18. th. 28. *Franzk.* h. t. num. ult. *Perez.* ad Cod. de cond. ex lege, n. ult. *Cui sententiæ favere videtur* l. 6. & 7. ff. de cond. ob turp. caus. *& rubricæ duæ Codicis, una* lib. 4. tit. 7. de cond. ob turp. caus. *altera* tit. 9. de cond. ex injust. caus. *Adducuntur etiam exempla duo, unum condictio ejus, quod ex coacta stipulatione solutum est*, l. 7. ff. de cond. ob turp. caus. *alterum condictio fructuum a malæ fidei possessore consumptorum*, l. 3. C. de cond. ex lege. *Si autem inquiras, quænam sit differentia inter causam turpem & injustam, nihil solidi deprehendes. D. Struv.* d. l. *enim inter condictiones has duas differentiam videtur facere, quod condictio ob turpem causam detur, si quid datum sit ratione alicujus præstandi in FUTURUM, quod intuitu accipientis sit turpe; condictio vero ex causa injusta, si accipiens quid consecutus fuerit, ex causa injusta PRÆTERITA. Franzkius contra* d. l. *condictionem ob injustam causam, tam a condictione ob turpem causam, quam a condictione ex injusta causa differre putat: ab hac, quod condictio ex injusta causa respiciat præteritum, ob injustam causam vero futurum: ab illa, quod condictio ob injustam causam in se quidem singularem aliquam turpitudinem non contineat, sed simile quid, ob quod justum & æquum sit fieri restitutionem*, l. 1. h. t. *v. c. si quid propter vim futuram sit promissum. Ut meam sententiam aperiam, cum Dn. Schiltero sentio* Ex. 24. §. 16. *non esse solicite distinguendum arbitrante, inter turpem & injustam, quum injustum etiam turpe sit, saltem civiliter, & turpe quoque injustum: Ubi simul distinctionem inter rem futuram & causam præteritam rejicit.* conf. Oldend. class. 6. act. 7. *Scilicet mihi videntur & loci veterum JCtorum non recte intellecti Tribonianum decepisse, & loca Triboniani decepisse Juris interpretes. Latet homonymia in voce INJUSTI. Quemadmodum enim JUSTUM sumitur vel sensu ajente pro eo, quod est honestum, vel sensu negante pro eo, quod non est turpe.* vide Grot. de J. B. l. 1. c. 1. §. 3. *ita cum contrariorum eadem sit ratio, & vox INJUSTI sumitur in sensu positivo pro turpi, in sensu negativo pro eo, quod non est honestum. Dum Tribonianus* tit. 5. lib. 12. Pand. *inscribit* de cond. ob turpem vel INJUSTAM causam, *per injustam causam intelligit turpem in sensu ajente. Quando autem in Cod.* lib. 4. tit. 9. *rubricam fecit*, de cond. ex lege, & sine causa, *vel INJUSTA causa, per injustam causam intelligit in sensu negante insufficientem & inhabilem, adeoque condictio injustæ causæ ibi est synonymon condictionis sine causa. Et valde suspicor, Ulpianum quoque hanc sine causa condictionem in mente habuisse, adeoque male ejus locum* in l. 6. h. t. *ad hanc rubricam a Triboniano fuisse translatum, cui conjecturæ meæ maxime favet locus ejusdem Ulpiani in* l. 1. §. 3. de cond. sine c. *Deinde Pomponius quidem* in l. 7. h. t. *ex ea pecunia, quæ per vim extorta esset, si exacta esset pecunia, repetitionem esse ait: Quomodo vero repeti debeat, non addit. De cond. ob turpem vel injustam causam Pomponium non sensisse, (adeoque nec hanc* legem 7. *commode sub hac rubrica a Triboniano recenseri,) arbitror, sed potius de actione quod metus causa. per* l. 9. §. 3. quod metus causa. *verb.* si post stipulationem & numeratio facta est, *item:* Et Pomponius scribit. *In Codicis* lib. 4. tit. 9. *nulla lex continetur, quæ de condictione quadam ex injusta causa, a condictione ex lege vel sine causa distincta loquatur, nec opus est condictionem fructuum a malæ fidei possessore consumptorum ex* d. l. 3. C. eod. *eo trahere, cum* d. l. 3. *commode de condictione sine causa intelligi queat.* Vid. Eckolt. de cond. sine c. *Franzkii exemplum de eo, quod propter vim futuram fuit promissum, ideo non quadrat, quia acceptio promissi ob vim futuram, (avertendam, de hac enim proculdubio loquitur,) æque in se turpis est, ac acceptio dati ob vim futuram avertendam, quam acceptionem dati ad exempla condictionis ob turpem causam, refert ipse Franzk.* ibid. n. 6. *Quin imo etiam sola cautio & promissio, per condictionem ob turpem causam repetitur, per* l. 1. C. de cond. ob turpem caus.

Certe quod ad effectum attinet usumque actionis,

nis, nullum esse discrimen, satis constat. In usu verborum dicere possis; Injusta esse, quæ Justitiæ particulari, circa patrimonium, adversantur; Turpia, quæ cum reliqua honestate pugnant. Sic, si dedero, ut rem mihi reddas depositam apud te, vel ut instrumentum meum mihi restituas, erit injusta causa; Turpis autem, ne furtum aut adulterium committas, *d. l. 2. in pr. & §. 1.* & similia. Verum in eo conveniunt turpis & injusta causa; quod condictio non datur alii, quam qui nullam turpitudinis partem attigit, *l. 1. h. t.*

2. De fundamento hujus condictionis ambigitur, sitne ex delicto, an contractu, vero, vel quasi tali. Struvius ex quasi-delicto repetit, *th. 20.* Alii, ex quasi-contractu, ut Hahn. *n. 3.* Neutrum probat Thomasius, & recte; nam quasi-delicta non habent dolum, qui hic adest: Quasi-contractus sunt facta honesta; ut in parte prima *suis locis* demonstratum est; hic factum inhonestum vertitur. Excipit Thomasius, imo factum esse honestum, quia datio debet esse sine turpitudine, ut actio nascatur. Ego, inquam; datio innocentis non est causa, sed acceptio turpis est causa obligationis. Tentat igitur Thomasius, hanc condictionem esse ex vero delicto: sed repugnat actionis proprietas, quod sit rei persecutoria in heredem, & cætera condictionibus solita, a delictis aliena. Mihi cum hac condictione videtur esse comparatum, uti cum condictione furtiva, quam Bachovius *not. paratitl. de cond. F.* non absurde, magis ait esse *dativam*, quam *nativam*; hoc est, non tam *nasci* ex certo aliquo Artis principio, quam a Lege *dari*, ob æquitatem & corrigendam inæqualitatem, qua cavendum, ne quis cum aliena jactura fit locupletior. Hæc est causa obligationis, ait Celsus, *quia pecunia mea, quæ ad te* fine justa causa pervenit, *eam mihi a te reddi bonum & æquum est, l. 32. in fin. de Reb. Cred.* quod genus admodum varias causarum figuras complectitur, ut Cajus dixit in *l. 1. pr. de O. & A.*

N. ADDIT.

I. Apponenda nota integra ad Strauchium, ubi sic dixeram: Hanc condictionem ex quasi-delicto esse, statuit Struv. Ex. 18. th. 20. *Ex quasi-contractu contra Schütz.* in comp. p. 154. *cum Habnio* hic n. 3. *& aliis. Ex quasi-delicto ideo non potest esse, quia ad illud culpam, non dolum requisivi*, in philosoph. Jur. §. 142. *Hic autem turpiter accipiens in dolo est. Nec obstat ratio Domini Struvii* d. l. *ita inferentis:* Quamvis enim non invito rem sive cautionem extorqueat, adeoque non proprie ex maleficio obligatus sit accipiens, tamen quia delinquit ob turpem causam accipiendo, quasi ex maleficio obligatus intelligitur. *Nam respondemus, non solum illum qui invito rem eripit, ex vero maleficio teneri. Ubi enim maneret damnum injuria datum, quod & tunc committitur, si alterius rem ab eo sane mihi commodatam dolo malo corrumpam? Porro nec ex quasi-contractu videtur hæc actio esse, quia ad quasi-contractum requisivi facta honesta*, in philosoph. jur. §. 128. *Hic autem adest factum inhonestum, sc. acceptio ob turpem causam. Sed respondeo: Accurate loquendo & hic adesse factum honestum, sc. dationem ob turpem causam. Nam ut datio honesta sit, necesse est, cum, si datio sit inhonesta, cessat actio.* vid. Auct. in seq. *Acceptionem vero magis ad passiones, quam ad facta esse referendam. Vel si hæc responsio non placeat, posses dicere, actionem hanc oriri ex vero delicto, quia reus dolose accepit, esse tamen ratione finis irregularem, cum reliquæ actiones ex delictis oriundæ, semper aliquid pœnæ admixtum habeant*, §. 18. Inst. de Act. *(vide tamen Autorem* th. 10. hic.) *hæc autem actio sit mere rei persecutoria, per definitionem Autoris.* Conf. Struv. Ex. 18. th. 27. *Patet vero ex hoc loco sic in integrum restituto, quod non improbem eam sententiam, quæ statuit, hanc actionem oriri ex quasi-contractu. Unde II. facile potest satisfieri exceptioni Autoris.* Datio, inquit, innocentis, non est causa, sed acceptio turpis est causa obligationis. *Ego vero regererem: acceptio turpis est causa sine qua non actionis, quatenus nimirum alias non esset, quod repeteretur. Cur vero datio innocentis non possit esse causa obligationis, non video. Ideo enim, quia hic dedit innocenter, turpiter accipiens obligatur ad restitutionem. Nam si non innocenter dederit, haud repetit. III. Notum est, haud paucos JCtos actiones dativas non agnoscere, h. e. incivile his videri, concedi actiones quasdam a lege, quæ non possint deduci ex certo aliquo artis principio. Id enim non vergeret in honorem artis nostræ. Et facile secundum principia hactenus posita de natura actionum ex quasi-contractu & quasi-delicto, possunt omnes illæ actiones, quæ dativæ dicuntur, ab his autoribus referri ad alterutrum horum generum, & eo etiam pertinent illæ omnes, quas Cajus* d. l. 1. pr. de O. & A. *dicit oriri ex variis causarum figuris.*

3. Dictum, si dantis vel solius, vel juxta accipientis turpitudo versetur, non dari condictionem. Ergo qui dedit meretrici, non potest re-

petere, an ideo quod utriusque turpitudo versatur? sic veteres putabant. Ulpianus vero, quod solius dantis, *l. 4. §. 3. h.* nova ratione inquit; *illam enim turpiter facere, quod sit meretrix; non turpiter accipere, cum sit meretrix.* juxta illud scilicet, *Ne sis parum leno;* & simile; *Qui semel verecundiæ fines transgressus est, cum graviter oportet esse impudentem,* ut Cicero *epist. ad Lucceium.* Potuisset Ulpianus hac novitate supersedere. Nam sine dubio turpitudo, quæ est in prima meretricis professione, durat in singulis actibus. Struvius tamen *n. 22.* & Thomasius aliique defendunt Ulpiani *αἰτιολογίαν*, eo quod olim *lupanaria tolerata fuerint.* Atqui turpia quoque tolerantur, nec ideo desinunt esse turpia: si quis alteri dederit, ut sese inebriet, est utriusque turpitudo, licet ebrietas toleretur.

N. ADDIT.

Ut eo melius lector judicare possit de iis, quæ hic disputat Autor, apponenda erit nota integra ad Strauchium: Nihil in sententia Ulpiani subest absurdi, cum tempore Ulpiani lupanaria fuerint tolerata, Struv. Ex.28. th.22. *Ac perinde est, ac si dicerem: turpe est quidem homini ingenuo, carnificinam exercendam suscipere: verum digesto eo pudore, mercedem pro ista opera accipere turpitudine vacat.* Dn. Pufend. de J. N. & G. lib. 3. c. 7. §. 8. p. 369. *Adeoque & hodie respectu nonnullorum locorum, ubi tolerantur lupanaria, hic nihil immutatum arbitror. At in illis locis, ubi hujusmodi meretrices publice non tolerantur, aliud dicendum, statuendumque, quod & his casibus turpiter accipiat meretrix. Cæterum, an hæc locorum disparitas disparitatem quoque afferet ratione condictionis nostræ? Nequaquam, quia utrovis modo condictio cessat, sive solius dantis, sive etiam simul accipientis adsit turpitudo. Afferet tamen in aliis quæstionibus affinibus, distinctio an tolerentur lupanaria, an non, haud parum utilitatis. Et nimirum Hahnius* h. l. n. 2. *proximioribus & fisco, repetitionem ejus quod meretrici datum est, concedit,* l. 1. C. de nat. lib. *& cum eo Perez.* ad Cod. de cond. ob turp. caus. n. ult. *Dn. Schilt.* Ex. 24. §. 33. *Quod fiscum attinet, concedo, assertionem in illis scil. locis, ubi lupanaria non tolerantur, non quidem* arg. d. l. 1. C. de nat. lib. *quam huc non spectare mox ostendetur, sed quia Fiscus habet persecutionem eorum, quæ scelere quæsita sunt,* l. 9. ff. de jure fisc. *At in illis locis, ubi lupanaria tolerantur, & ubi meretrices nomen suum apud magistratum profitentur, & vectigalia pro arte meretricia solvunt, fiscus nihil repetet. Qui enim tolerat, id quod tolerat, punire nequit. Proximiores autem quod concernit, veluti fratrem, aut post fratrem alios proximiores, quos afferunt Hahn & Perez.* dd. ll. *(de parentibus & tutoribus hæsito, an non in locis, ubi meretrices non tolerantur, iis repetitio concedenda sit, ob jus potestatis?) indistincte iis repetitionem denego, cum nunquam hæc potestas in jure ipsis concedatur, neque argumentum ex* d. l. 1. C. de natural. lib. *quicquam probet. Agit enim* d. l. 1. *non de eo, quod meretrici donatum est, ut explicat Perez.* d. l. *sed de eo, quod UXORI tali, qualis recensetur ibidem, datum est, per verba expressa* d. l. 1. Sed etsi UXORI tali quodcunque datum &c. *Deinde* d. l. 1. *per* authent. Sed novo jure. *statim subjectam, hodie est abrogata. Conf. Brunnem.* ad d. l. 1. *Denique nec extensio ejus ad meretrices procedit, cum ratio ibi non sit posita in turpitudine accipiendi, sed potissimum in speciali dignitate personarum donantium, per verba initialia* d. l. 1. *adeoque, etiamsi* d. l. 1. *expresse de scortis harum personarum ageret, tamen ob specialitatem rationis ad ea, quæ ab aliis personis donata fuissent meretricibus, extendi non posset, nisi graviter in regulas doctrinæ de interpretatione velimus impingere. Porro & illud a Dd. quæri solet: An promissum meretrici nec datum, eadem a promittente exigere possit? Affirmat Struv.* d. Ex. 18. th. 22. *Negat Hahn.* ad h. t. n. 4. fol. 411. *per* l. 1. & l. 5. C. hic. *Struvii opinionem secundum doctrinam juris civilis, & ea loca, ubi lupanaria tolerantur, pro veriore habemus. Hahnii vero procedet in iis locis, ubi meretrices puniri solent. Conf. Franzk.* h. t. n. 10. *Schütz.* in comp. p. 155. *Denique an repeti possit datum meretrici ob usum corporis, si eundem deneget postea? Datum reddi deberi, omnes concedere asserit Hahnius,* ad Wesenb. d. l. *ex Johanne de Lugo. Ego non puto, sive consideres castitatem temporum nostrorum, sive rationem Juris Justinianei. Utrobique enim adest turpitudo dantis. Qua igitur actione hic repeteret? Non condictione ob turpem causam, quia adest turpitudo dantis, neque condictione ob causam dati, quia hic non adest causa honesta. Conf. Struv.* Ex. 18. th. 3. & 5. *nisi dicere velis, iis in locis, ubi lupanaria tolerantur, causam hanc pro inhonesta non haberi, adeoque competere hoc casu condictionem causa data &c. quod tamen aliis discutiendum linquo. His præmissis jam paucis videndum, quid adversus objectionem D. Huberi sit respondendum. Scilicet, distinguendum est inter tur-*

turpitudinem, quæ opponitur pudori, decoro, honestati, & turpitudinem, quæ opponitur justitiæ, i. e. actionem, quæ est contra leges in republ. receptas. Condictio ob turpem causam hic denotat, ut ipse Autor supra concessit, turpem causam, quæ est æquipollens injustæ. Igitur ut clarius repetam mentem Ulpiani, meretrix quidem facit turpiter, i. e. indecore, impudice, inhoneste, quod sit meretrix, non tamen agit turpiter, i. e. non peccat contra leges apud Romanos receptas, * *cum tolerentur lupanaria, quod pecuniam accipiat. Eadem jam applicanda erunt ad instantiam Autoris de Ebrietate.*

4. *In l. 2. §. ult.* exemplum est, quo diverso respectu factum aliquod jus actionis habet, & alias punitur. Nam condictio datur ei, qui dedit argentum, ut secundum se in bona causa judicetur; idem nihilominus plectitur jactura litis.

SCHOLIUM.

Simplicius erit, si dicamus, non dari condictionem. Est quidem relatum, *inquit Ulpianus*, condictioni locum esse. Sed hic quoque crimen contrahit, judicem enim corrumpere videtur. *quæ verba posteriora cur non accipi debeant pro correctoriis priorum, causam non video.*

RESPONSIO.

Essent correctoria, si posterior regula cum priore consistere non posset; atqui potest. Ergo stat utraque regula. Qui dedit in bona causa, metu judicis malitiæ, potest condicere; Quia quod ad ipsum attinet, datio est innocens: at publico respectu mali exempli & punienda res est, ut fit.

N. ADDIT.

Ex dictis vero facile ostendi potest, in quo aberret hæc Autoris responsio. Scilicet falsum est, quod Autor supponit, dationem esse innocentem. Quomodo enim possit esse innocens, quæ punitur, & quæ adeo legibus receptis est prohibita? Etsi vero Græci ita acceperint, non tamen est novum, Græcos sæpe aberrasse a philosophia veterum JCtorum. De Theophilo Paraphraste Institutionum, res ex variis exemplis, ab aliis alias adductis, est evidens. Conditores Basilicorum non fuere eruditiores, pro statu illorum temporum, Theophilo.

Sic etiam Basilici acceperunt *d. l. 2.* ut detur repetitio dati, at repetens amittat jus suum actionis. Verba sunt; Εἰ δὲ καλὴν δίκην ἔχων παρέχω τῷ δικαστῇ ἐπὶ τῷ ὑπὲρ ἐμοῦ ψηφίσασθαι, εἰ καὶ ἀναλαμβάνω, ὅμως ἔγκλημα πλημμελῶ, τὸν δικαστὴν ὑποφθείρων, καὶ ἐκπίπτω τῆς δίκης. Id est: *Si bonam causam habens aliquid dedero judici, ut pro me sententiam dicat, etsi recipio quod dedi, tamen committo* maleficium, eo *quod judicem corrumpo, ideoque causa cado.* Cyrillus *in Scholio*; Τὰ μὲν δοθέντα ῥεπετιτεύει, ἐγκλήματι δὲ ὑποπίπτει: *Quæ quidem data sunt, repetit, crimini vero subjicitur.* Duaren. *comm. ad d. tit. c. 3. in fin.* Arumæ. *disp. 11. ad Pand. th. 15.* Dissent. Wissenb. *ad h. t. th. 1.*

5. Promissio turpis ipso jure nulla est, *l. 26. & 123. de V. O.* imo non est, quia per exceptionem petitio repellitur, *l. 8. h. t.* Dic, si res dubia sit, *arg. l. 9. pr. de jurej.* Aliter Wissenb. *hic.*

SCHOLIUM.

Dic tamen etiam, l. 26. esse Ulpiani, l. 8. vere Pauli. Sed hodie hæc quæstio cui usui? vide quæ notavi ad Instit. quib. mod. tollit. oblig. posit. 2.

RESPONSIO.

Oppositio Ulpiani & Pauli tantundem est Thomasio ac antinomia confessio. De usu differentiæ inter ea, quæ sunt ipso jure nulla, & per exceptionem eliduntur, videbimus ad tit. ff. de Exceptione.

Scholium, quo remittit Thomasius ad partem I. illic omissum fuit; erat autem quod sequitur.

SCHOLIUM.

Nervum hujus distinctionis optime exponit Autor in Prælect. d. t. n. 1. & omnino ad tit. de Except. n. 2. n. 10. *Originem sumsit ex mera juris subtilitate. Et allaborant quidem Doctores passim, ut ostendant ejusdem effectum in praxi. Sed vereor, ne hodie nihil intersit, ipso Jure quis actionem non habeat, an ea per exceptionem infirmetur,* l. 112. de R. J. *juncta* l. 42. §. 1. de O. & A. l. 8. eod.

RESPONSIO.

Haud plane usum hujus discriminis evanuisse moribus hodiernis, videbimus ad tit. de Except. *& forte prius. Est autem obiter, hoc etiamnum, ut opinor, discrimen. Qui ipso jure non tenetur, etsi nullitatem non alleget, tamen condemnari non potest: Qui exceptione se tueri potest, si non utatur ea, plerumque condemnabitur.*

* Liceat annotare locum Taciti L. II. Annal. c. 85. *Eodem anno gravibus Senatus decretis libido fœminarum coërcita, cautumque, ne quæstum corpore faceret, cui avus, aut pater, aut maritus, eques Romanus fuisset. Nam Vistilia prætoria familia genita, licentiam stupri apud Aediles vulgaverat; more inter veteres recepto, qui satis pœnarum adversus impudicas in ipsa professione flagitii credebant.*

N. ADDIT.

Neque in tit. de exceptionibus alia differentia affertur, quam cujus hic mentionem facit Autor. Ad quam regero, I. rationem dando effati Pauliani, cur amplius nihil intersit. Quia olim tota differentia hæc dependebat a distincto officio Prætoris & Judicis pedanei, ita ut de modis tollendi obligationem ipso jure, summariter cognosceret Prætor, & re sic deprehensa, ut allegabat reus, non daret actionem, de modis vero, qui ope exceptionis, daret Judicem pedaneum concessa actione. Hac igitur differentia jure Justinianeo jam sublata, quomodo poterat aliquid diversi remanere? II. Ut tamen pragmatici Dd. aliquam differentiam darent, effinxerunt eam, cujus hic meminit Autor. Sed effinxerunt, nam revera nullum sensum habet. Ut res pateat, primo constat, solutionem esse modum tollendi obligationem ipso jure, metum vero, esse modum eam tollendi ope exceptionis. Jam videamus. Qui ipso jure non tenetur, ajunt, etsi nullitatem (v. g. solutionem) non alleget, tamen condemnari non potest. Quomodo vero, inquam ego, absolvere potest Judex reum, qui nihil memorat de solutione? Sane Judex divinator non est, aut hariolus. At, dicere solent, ita non intelligimus, sed quod exceptiones sunt formaliter opponendæ, ut in dato casu: oppono exceptionem metus. At si modus tollendi obligationem ipso jure, etiam adducatur sine illa formalitate, v. g. si saltem obiter quasi reus in positione sua mentionem solutionis injiciat, tunc Judex tenetur reum absolvere. Quasi vero non idem dicendum sit, si obiter saltem dicat, se metu adactum esse ad promittendum. Est enim petitio principii, quod ajunt, formulas intuitu exceptionum requiri, nec convenit analogiæ Juris Justinianei, ut quo tempore totum Jus formularium jam diu erat sublatum, & intuitu actionum, & intuitu exceptionum. Ergo hæc tota res, quanta quanta est, ad figmenta Pragmaticorum erit referenda.

Tit. VI.

De Condictione Indebiti.

I. Quid hæc Condictio; & causa, remissive. II. Dominium indebiti soluti esse translatum; quid inde sequatur, aut non sequatur. III. Cur translatio Dominii per errorem indebiti soluti, per in integrum restitutionem, non retractetur. IV. Differentiæ Condictionis indebiti. V. De proprietate hujus indebiti. VI. Cur usura indebita sortis debitæ conaieatur. VII. An ipsum indebitum usuras recipere possit.

De Condictione Indebiti locum habuimus proprium ad *tit. Inst. de Quasi-contract. n. 8. & seqq.* Illic primo fundamentum ejus vidimus Quasi-contractum, ejusque causam non adeo tacitum consensum, quam manifestam æquitatem, & correctionem inæqualitatis. Errorem intervenisse oportere, satis constat; facti quidem errorem potissimum, juris tamen etiam intelligendum esse, remotis dubitandi causis, probavimus; extra quam si non de vitando damno, sed de lucro laboretur, aut si qua justa naturalis debiti, licet inefficacis, causa subsit, ut pluribus illic demonstratum est. Nullo errore dantis interveniente, non fit repetitio; per regulam: Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est, *l. 53. de R. J.* Unde, si quis sciens indebitum *hac mente* dederit, ut postea repeteret, nihil agit repetendo, *l. 50. h. t.*

2. Condictionem hanc, sicut omnes aliæ, actionem in personam esse, notum est ex *§. 15. Inst. de Action.* unde sequitur, eam non dari contra tertium, licet ei profuerit solutio, sed eum contra tantum, qui pecuniam solutam accepit, *l. 4. §. 3.* Etiam hoc inde sequitur, in accipientem dominium rei solutæ esse translatum, quia cui datur condictio, ille non est dominus, *§. 14. d. tit. de Action.* Accedit argum. *l. 36. de A. R. D.* ubi error in causa solutionis, non impedit dominii translationem. Nec tamen inde recte colligas, ideo non posse ad hanc rem applicari dictum *l. 7. de Jur. & fact. ignor.* quod juris error non noceat *suum* repetentibus: Quasi qui indebitum errore juris solutum repetit, non contendat de damno rei *suæ amittendæ*, sed *amissæ*, ait D. Wissenbach. *ad tit. ff. de Jur. & fact. ign. n. 41.* ut inde concludat, juris ignorantiam non facere locum huic Condictioni: sed regula *d. l. 7.* non recipit ejusmodi cavillum ex voce *sui*. Vult juris ignorantiam esse innoxiam, quoties de vitando damno certatur, quod sane fit in repetendo indebito; ita ut SUUM, quicquid in patrimonio nostro est, vel inde abscessit, comprehendat; sicut in definitione Justitiæ, *suum* cuique tribuendum, indubitate accipitur.

3. For-

3. Forte alicui in mentem veniat rogare, si per errorem solutione facta dominium rei solutæ amittitur, annon sit opus in integrum restitutione ex causa justi erroris, ad dominium recuperandum, de qua vidimus in *libro 4. tit. Ex quib. caus. maj.* sicut in omnibus restitutionis speciebus res amissa Prætoris auxilio recuperatur. Responsio est; etsi dominium sit amissum, actionem tamen ad dominium recuperandum nullam esse amissam; quod ad excludendam in integrum restitutionem sufficit; cui accedit, quod indebiti solutio non habet naturam contractus, qui per remedium restitutionis sit rescindendus, sed quod gestum est, magis distrahendi animo factum est, ut tradit Justinianus in *fin. pr. I. Quib. mod. re contrah. obl.*

4. Divisionem Indebiti in Reale & Personale, (quorum illud dicitur, quando quod solutum est, plane non debetur; hoc, quando solutum debetur quidem, at non ab eo, qui solvit, vel non ei, cui solutum est,) executi sumus *ad d. tit. Inst. n. 9.* Sed est alia distinctio Condictionis Indebiti, quod vel certi sit, vel incerti; Illa, quando rem ipsam; hæc, quando jus possessionis, pignoris, aut simile circa rem consistens persequimur, quæ species, *Incerti* condictio vocatur in *l. 12. §. ult. de Condict. furt.* Exemplum ejus est in *l. 15. §. 1. h. t.* Quando quis non rem ipsam, sed possessionem, falso debere se existimans, alicui tradidit, eam hac condictione repetere potest: etiam, quod notandum, post impletam præscriptionem longi temporis; quia condictio indebiti non excluditur, nisi præscriptione longissimi temporis, & effectus usucapionis non absorbet alias actiones in vel ad rem competentes, ut de jure pignoris constat, id etiam post impletam usucapionem durare, *l. 44. §. 5. de Usucap.* qua de re actum, & agendum *suo loco.*

5. Porro ad explicationem hujus condictionis maxime pertinet, cujusmodi oporteat esse indebitum, de quo detur condictio, quod expositum *d. loco n. 10.* ubi summa regula: Quod est naturaliter indebitum, *id* solutum condici potest. Natura vero debitum condici nequit, sub limitatione duplici: I. Si naturale debitum sit obligationis, jure Gentium duntaxat efficacis, ut est exemplum pacti nudi, & mulieris sine mariti consensu aliquid contrahentis. Forte etiam huc pertinet obligatio confitentis se debere *centum*, sine mentione vel probatione causæ debiti; Nam ex tali obligatione non dari actionem, merito receptum est, per *l. 2. §. 3. de dol. & met. except.* Si tamen quod in ejusmodi chirographo continetur, solutum fuerit, non dari condictionem, sed causam satis agnitam videri, ratio suadet, ac ita Supremæ Frisiorum Curiæ placuisse non semel, etsi exemplo non superfui, a Viris Amplissimis accepi; quia confessio talis debiti, naturalis saltem obligationis sit argumentum; qua de re in *titulo sequ.* Si vero naturalis obligatio ne quidem jure Gentium sit efficax ad exigendum, non potest impedire condictionem indebiti, qualis est obligatio ejus, qui beneficium accepit, ad remunerandum, quæ naturalis vocatur, sed penitus inefficax, in *l. 25. §. 11. de Her. pet.* Altera limitatio est, nisi Lex obligationem naturalem jure gentium satis efficacem, sua virtute suisque effectis privet, ut fit in obligatione pupilli majoris infantia, quæ ratione effectus illius cessantis ne quidem naturalis esse dicitur in *l. 41. h. t.* Idem est in obligatione mulieris intercedentis, *l. 40. h. t.* Cur autem secus obtineat in filiofam. respectu Mutui, non repetimus dictum in *loco laudato*, nec etiam casus, quibus hæc Condictio cesset, aut non cesset, quos in fine *tituli prædicti* videbis.

6. Quorsum autem referemus, quod debitor sortis, usuras indebitas solvens, eas repetere non potest, si modo sors debita fuerit? Intellige, si debitum natura sua non fuerit usurarium; nam si quis usuras ideo solverit indebitas, quod jam solutæ fuerant, is sine dubio repetere potest; Sed casum ponere debes, quo aliquis *ex. gr.* mille florenos mutuo accepit simplici chirographo, absque stipulatione usurarum; is oblivionis errore solvit usuras; quæritur, an repetitio detur? Non datur, *d. l. 26. in pr.* Atqui nulla subest naturalis obligatio: Nam etsi potest obtineri, usuram promissam non adversari juri naturæ; nemo sane dixit, Mutuum, quod est contractus natura sua beneficus, usuras recipere, jure naturæ. Sed valet hic pro naturali obligatione mos gentium, qui usuras ita recepit, ut vix diligens paterfamilias reputetur, qui non sterilem pecuniæ summam elocet absque usuris. Non est etiam aliena res a tacito pacto, vel ejus præsumptione, quando usuræ sortis debitæ, a debitore solutæ, & a Creditore acceptæ sint. Ideoque juris hic apex, facile in usum forensem recipiendus, aut receptus videtur; nec dubitatum in Curia nostra, quin debitor usuras ita solutas repetere nequeat, utpote non sine causa utilitatis a parte debitoris præstitas, *in causa Petri Annii Keen contra Magistratum Harlinganum,*

num, 27. *Octobr.* 1636. ut in MS. decisionibus refert D. Nauta sæpe laudatus.

Porro indebitum recipitur cum fructibus *l. 5. in pr. h.* at fine usuris, *l. 1. C. h. t.* quia Contractus est stricti juris, *arg. §. 28. I. de Action.* in quibus ex mora usuræ non debentur, *l. 3. C. de Usur.* nisi quod post litem contestatam usuræ in omnibus causis debentur, ex communi Dd. sententia, ex male an secus intellecta *Lege 35. de Usuris.* Sed quæsitum est apud Curiam nostram, si quis ex causa bonæ fidei, in qua ex mora debentur usuræ; indebitum acceperit, an hic ad usuras ex mora teneatur, perinde ac si causa vera fuisset. Exemplum tale fuit: Franciscus a Scheltema a colono suo plus debito acceperat: Hoc creditores coloni, ex ejus persona repetebant, cum usuris, ex quo pecunia percepta fuerat: ille non nisi a tempore litis contestatæ se teneri, contendere; condemnatus est ad usuras inde ab initio; quoniam ipsemet usuras ex mora, si quid ei vere debitum fuisset, accepturus fuerat: quæ est notabilis limitatio, (si de jure dubitari non possit,) ejus sententiæ. *In causa Fr. a Schelt. contra Aukjen Feykens &c. 27. Octobr.* 1647. *Nauta decis. 101.* Hæc recensio juncta iis, quæ prædicto Institutionum titulo commemoravimus, ad particularem hujus loci declarationem inductionemque sufficit. Exquisitiores difficultates nodosque legum intricatos, in quibus nulla vel exigua ad usum applicatio conspicitur, non est instituti nostri subtiliter exequi: Nec adeo famosam *L. frater a fratre.* post tot Interpretum labores heic enucleabimus. Wissenbachii nostri commentarius ad *d. Legem,* insertus Disputationi ad *h. tit.* & Struvii expositio *n. 3. h. t.* sunt in omnium manibus; quo Auditores remittemus.

Tit. VII.

De Condictione sine causa.

I. Condictio sine causa, sensu generali. II. Alia specialis & hujus Rubricæ. III. Per causam quid proprie intelligatur. IV. An sponsiones de rebus futuris causa careant. V. Conditionem obligationis, causam ejus esse non posse. VI. Sponsiones tamen illas non esse invalidas, nec causa carentes. VII. An chirographum causa debiti carens, repeti possit; & cautio circa repetitionem pecuniæ inde solutæ negandam.

Condictio, quæ *sine causa* dicitur, prioribus subjicitur, quia reliquarum quasi complementum est, idque duplici sensu. Nam primo in id comparata est, ut omnibus illis casibus, quibus reliquas obtinere diximus, usurpari quoque possit. Veluti, quando aliquid ob causam est datum, causa vero vel finita, vel secuta non est, *l. 1. §. 2.* Item quod ex causa non justa, sive illa turpis, sive non sufficiens ad debitum sit, est datum, hac condictione repeti potest; Etenim turpis causa est ipso jure nulla, ut dictum *pridem,* & Indebitum ideo vocatur, quia nulla causa debiti est, ut *similiter dictum.* His igitur casibus, vel condictiones istæ speciales, vel hæc generalis adhiberi possunt.

2. Proprio jure, Condictio sine causa vocatur, repetitio ejus, quod revera *sine causa* de nostro penes alium est. Nam quod turpis & injusta causa, dicitur esse nulla causa, id eventu juris inspecto adfirmatur, de facto verum non est. Huc igitur pertinet exemplum, quod est in *l. 2. h. t.* Fullo amissis vestimentis, domino pretium restituit, & deinde vestes recuperatæ sunt. Pretium, quod jam sine causa penes dominum est, hac condictione repetere potest. Eodem refertur dotis datio, propter matrimonium jure prohibitum, quam potius ad nullitatem, quam ad turpitudinem putat referendam Papinianus in *l. ult. h. t.*

SCHOLIUM.

Sed puto in d. l. 5. *Papinianum non loqui de condictione sine causa speciali, verum generali, nempe de ipsa condictione ob turpem causam, sensumque esse, quod, quamvis condictio ob turpem causam hic cessare videatur, quia & mulieris turpitudo subsit, tamen respectu mulieris, non turpem esse dationem, sed nullam, adeoque ex parte accipientis saltem remanere turpitudinem, quo casu sane condictioni ob turpem causam erit locus.*

RESPONSIO.

Ponamus in conspectu petitionem mulieris; Si condictionem ex turpi causa moveat, hoc modo agere debet; Quando tibi avunculo seu vitrico meo dedi dotem, & matrimonium inter nos turpe foret, peto ut reddas, quod turpiter accepisti: *Valde fallor, si Papinianus non neget hoc modo agi posse. Vult in hunc modum agi;* Quando tibi vitrico dotem dedi & matrimonium inter nos se-

qui

qui non potest, ac ideo dos sine causa penes te residet, peto ut eam mihi restituas. *Papinianus separat turpitudinem a promissione dotis, eamque refert ad matrimonium; Qua non commissa nuptiisque non secutis, non tam considerat turpitudinem in negotio, quod matrimonii causa gestum est, quam quod causa dationis secuta non est. Non potest mulier sano juris sensu turpitudinem dationis urgere contra accipientem, & ab se amoliri turpitudinem, quæ juri gentium repugnat, ut Papinianus ait in* §. 1. h. t.

N. ADDIT.

Quamvis hic regerere possim, turpitudinem juris gentium ex casu §. 1. non esse trahendam ad casum, quem memorat Papinianus in principio, cum conjugium cum avunculo, vel cum sororis filia non ab omnibus gentibus fuerit pro incestuoso habitum; adeoque pro salvanda mea nota afferri posset, Papinianum supponere, quod mulier non dederit turpiter in casu principii, quia mulieribus licuerit ignorare jus civile in causa damni evitandi. Nolo tamen hic quicquam movere, sed consentio jam interpretationi Autoris, idque ob eundem §. 1. quem tum non inspexeram. Ex hoc vero constat, Papinianum etiam dedisse condictionem sine causa, ubi mulier haud dubie turpiter dederat, tanquam in casu, qui aperte juri gentium repugnaret.

3. Per causam igitur satis liquet intelligi, negotium habile ad obligationem producendam, qua deficiente, si quis petat quod promissum est, exceptione doli mali repellitur, *l. 2. §. 3. de doli & met. except.* Quod tamen ita capere noli, quasi nunquam valeat promissio, nisi causa, hoc est negotium aliquod separatum, præcesserit: Nam qui nullam habens causam, sciens volens promisit, ille donationis causa promisisse videtur, ex *l. 21. de V. O. l. 47. de Op. libert. l. 53. de R. J.* Sic etiam quando pecunia ex empto debita quasi ex Mutuo in stipulatum deducitur, etsi nulla mutui causa intercesserit, ideo tamen obligatio non impeditur, sed ipsa debiti substantia, quæ vere adest, pro causa habetur, *l. 6. C. Si cert. pet.* ut luculenter probat Parladorius, 2. *rer. quot. c. 2. n. 55.*

4. Hoc etiam sponsionibus super rebus honestis, de quibus ad *tit. de Aleator.* actum, applicatur. Qui negant eas valere, utuntur hac ratione, quod ejusmodi stipulationes *causa* careant, ut videre licet apud Sandium, quamlibet ita non sentientem, in *lib. 3. tit. 9. def. 1.* Wissenbachium ad *tit. ff. de Aleator. n. 18.* & inprimis apud Herbajum *rer. quotid. c. 1.* Qui vero adfirmant, ejusmodi sponsiones esse validas, tenent pro regula, quod omnis conventio facta sub conditione, censeatur habere causam sufficientem, ut conditio, inquam, sit causa, quamvis alioqui non intersit impleri conditionem stipulatoris, ut probat idem Sandius *d. defin. 1. vers. Hoc tamen non obstante.*

5. Hanc sententiam refellit Herbajus noster, hac inprimis ratione non insubtili: Conditio, inquit, non potest esse causa; quoniam hæc adjecta facit, ut in pendenti sit, quod statim valere potuisset, si absque conditione fuisset promissum. Proinde necessum est ad valorem obligationis, ut præter conditionem subsit aliud quid, ex quo remota conditione, valere queat obligatio. Non possumus huic rationi non adsentiri: Proinde facessat hoc, quod conditio sit causa; Nec tamen ideo, sponsiones fortuitas juris effectum habere, negamus.

6 Nobis ita sedet, stipulationem de re non turpi, animo deliberato initam, satis causæ habere in fide data, in voluntate contrahentium, denique in negotio subjecto, quod non tantum pro natura sua, verum pro intentione quoque certantium æstimari oportet. Illud studium, quo partes expectationem suam ad certum eventum determinant, pro causa sufficere debet: Accedit, quod plerumque divinationes futuri habent aliquid artis atque providentiæ, ut ad *præd. tit. de Aleator.* demonstratum est. Fere etiam usu venit, ut primo sponsiones istæ vulgaribus verbis concipiantur, dein stipulationes in forma subjiciantur, ut nihil quam pacta stipulatione confirmata, quæ facultatem juris habent, esse videantur, *l. 45. de Pact. l. 33. fin. pr. de S. R. P.* Primo vulgaribus verbis sponsionis materiam constituunt, dein stipulantur: *Si pax inter Cæsarem & Regem Turcorum cis annum ineatur, centum mihi dare spondes? spondeo: Si non ineatur, tu mihi tantundem, vel duplum. Si Antichristus ante annum futuri seculi decimum-quartum ruet, & similia.* Dico, studium & intentionem partium circa hos eventus satis esse causæ. Etiam ubi de præsentibus, incertis rebus est quæstio, ut inter studiosos non raro super juris quæstionibus accidit, *Si datur in Codice titulus de verborum significatione*, vel si non datur, memini per sponsionem aliquando rogari. κεῖται ἢ οὐ κεῖται, hoccine *habetur in Legibus, aut non habetur?* erat vetus Ulpiani quæstio. Plane ratio nulla est, quamobrem ex ejusmodi sponsionibus

bus actio danda non foret. Recteque in Curia nostra judicatum apud Sandium *loco prædicto*, ubi Auctores. Tu vide omnino Parladorium *d. cap. 3. n. 55. & seqq.*

7. Postremo, non pecunia tantum soluta, sed & obligatio, cujus nulla est causa, vel cujus causa desiit, hac condictione repeti potest, ut liberemur, *l. 1. in pr. & l. 3. b. t.* An igitur & chirographum, quod sine ulla causa continet debiti confessionem? Est quidem hæc juris sententia, si chirographum sine causa debiti scriptum sit, eum, in cujus favorem loquitur, causam debiti probare debere, *l. 25. §. ult. de Probat.* Parlador. *l. 2. rer. quotid. c. 3. n. 55. in pr.* Si tamen vir prudens scripserit, non videtur ei danda condictio, nisi errorem probaverit: etsi conventus e tali cautione solvere non cogatur, nisi actor aliunde causam debiti probaverit, *d. l. 25. §. ult.* facilius enim damus exceptionem quam actionem & reus in dubio est favorabilior, *l. 125. de R. J.* Quod autem ad *tit. præcedentem* diximus, eum, qui solvit, quod tali chirographo continetur, non habere condictionem, ita capiendum est, nisi probare possit, revera nullam debiti subesse causam. Etenim condictio negatur, quia causa per solutionem agnita præsumitur; quod probatione contraria refelli potest. Quod si plane causam abesse probatum fuerit, argumentum hujus tituli deesse non posset, ad tribuendam condictionem; Ut enim dixi, Instrumentum obligationis sine causa debiti non habet vim probandi. Nec aliter in foro servatur, ut sæpius a Curia judicatum; nominatim in causa *Johannis Sibrandi Nautæ cum soc. contra Augustinum Poppii, causa appellationis.* Chirographum his verbis conceptum erat; *Ik bekenne schuldig te zyn aen Oege Alles vier hondert vyftien guldens.* Actum &c. Repulsus est Creditor, ante ferias Caniculares 1680.

LIB. XIII.

TIT. I.

De Condictione furtiva.

I. Quo sensu hæc Condictio detur domino, singularis ratio. II. Definitio hujus condictionis, & origo negative & positive. III. Cui, & contra quem detur, & discrepantia juris hodierni, ac ejus ratio, alia, quam vulgo &c. IV. In quem finem detur hæc actio.

SIngulare, quo fures habentur, odium fecit, ut multis actionibus tenerentur, quales sunt, accusatio criminalis ad coercitionem publicam, Furti in duplum aut in quadruplum actio, Rei vindicatio, & actio ad Exhibendum, ad ipsum rei furtivæ corpus recuperandum. Denique, ad hoc odium refert Justinianus in *§. sic itaque. 14. Inst. de Action.* quod cum nemo dominus rem suam condicere possit, quia condicere est ad dandum agere, & dare est dominium transferre; furtivarum autem rerum fur non est dominus, sed actor, idem fur tamen condictione teneatur, *d. §. 14.* Ad hæc Wissenb. noster, *Fateamur quod res est,* inquit, *verbotenus condictione furtiva agi ad dandum, revera autem agi ad restituendum, nemo condicit rem suam furi proprie loquendo. Etiam JCtis non raro contingit in re seria nugari. pr. ad h. t.* Sed nugandi quæ ratio, quod pretium; quare ad rem furtivam recuperandam opus fuit condictione, cum Rei vindicatio in promptu esset, quam ipsam contra fures dari, Justinianus in *d. §. 14.* monet? Egimus hac de re in *Parte I. suo loco*, e quibus, hoc vel repetimus, vel indictum addimus. Actio ad simplicem restitutionem, qualis est Rei vindicatio, contra fures non sufficiebat, quia sæpe fit, ut res perierit aut deterior facta sit; quo casu ad æstimationem agendum erat, quod non est vindicationis, sed personalis actionis, quæ est condictio, *d. §. 14.* Et cum ad rem ipsam instituere personalem actionem, tralatitium sit, poterat esse condictio, quæ utrumque præstaret, & rei ipsius restitutionem, & pecuniariam æstimationem, quæ datio est. Sic in condictione furtiva utrumque reperitur, & datio, & qualitas Dominii, quanquam diverso respectu. Licet igitur dicere, condictione furtiva ad dandum agi, Dominum condicere rem suam furi: hæc melius ex definitione & ejus exegesi intelligentur.

2. Condictio furtiva est, *qua Dominus rei furto ablatæ, agit contra furem, vel ejus heredem, ut aut rem aut ejus æstimationem restituat.* Genus in hac definitione *Condictio*, tacite satis intelligitur, & quod

quod actio in personam sit, jam præsumptam ex *d. l. 14.* Quæ sit ejus origo, non tam facile adfirmare, quam negare licet, eam non esse e delicto. Ulpianus; *Quotiens ex maleficio oritur actio, ut puta ex causa furtiva caeterorumque maleficiorum,* si do ea pecuniarie agitur, compensatio locum habet. *Idem est, si condicatur ex causa furtiva, l. 10. §. 2. de Compensat.* Condictio furtiva diserte opponitur actioni ex maleficio. Huc accedit ratio, quod non sit famosa, *l. 36. de O. & A.* furtum autem cum sit delictum maxime famosum, *l. 1. de his, qui infam. not.* actio inde orta non posset non esse famosa. Denique adversus heredes e delicto actiones nullæ dantur, etsi rei persecutoriæ, *l. 4. in fin. & ll. seqq. ff. De Alienat. jud. mut. causa.* sed hæc condictio adversus heredes in solidum datur, *l. 9. h. t.* Enimvero dari hanc actionem de delicto & occasione delicti, res ipsa loquitur, quo respectu factum aliquando, ut pinguiore loquendi modo, respectu aliarum condictionum actionumque rei persecutoriarum, actio furti appellata fuerit, ut sane fit in *l. 71. D. Furt.* Quam igitur dicemus originem esse Condictionis furtivæ? Thomasius, qui fere ubique potest invenire quasi-contractum aut quasi-delictum, nihil heic adducit: Sane quæ ratio docet alteri præstare, quod nostro facto ei abest, heic deesse non potest. Competebat adversus furem actio mere pœnalis, ei cujus interérat; Accessit rei vindicatio pro domino: Compertum est, hanc deficere, quando ad æstimationem rei agendum erat; quo casu tamen cum æquum esset, actionem dari, addita est rei vindicationi hæc condictio. Tam manifesta æquitas non patitur nos esse solicitos de fundamento hujus actionis, quatenus quod tu mihi intervertisti, id a te mihi reddi bonum & æquum est, *l. 32. ff. de reb. Cred.* Adde D. Wissenb. *h. t. n. 2.* Dissent. Struv. *h. n. 50.* & alii.

N. ADDIT.

Causa hujus dissensus est, quod si unquam actio, certe hæc sit valde irregularis, etsi æquitas, qua nititur, sit aperta, & quod adeo non possit commode ad genera summa reliquarum actionum referri. Unde & ipsi JCti veteres non videntur in omnibus hic conspirasse. Quare non debebat mihi insultare Autor, quod, cum fere ubique potuissem invenire quasi-contractum aut quasi-delictum, hic nihil adduxerim. Adduxit tamen jam alibi alius, ex mea doctrina huc pertinentia, & simul taugentia Autorem, quamvis in alio loco. Scilicet sic scripserat, qui anno 1693. de usu actionum pœnalium juris Romani in foris Germaniæ dissertationem, *sub meo præsidio defenderat respondens,* cap. 1. §. 7. *Videamus nunc, an condictio furtiva meliori jure inter actiones ex delicto rei persecutorias referatur. Est utique rei persecutoria,* l. 7. §. 2. ff. de Condict. furt. *sed non est ex delicto, quia hic non agitur de dolo, sed ex mera æquitate inventa est, ut dominus habeat actionem, qua æstimationem rei suæ a fure, qui absque dolo desierat possidere, recipere possit, unde & in heredem datur in solidum,* d. l. 7. §. 2. l. 8. h. t. *Nec obstat, quod actio rerum amotarum, cum condictione furtiva bis comparetur a Paulo,* l. 6. §. 4. & l. 21. §. penult. ff. de act. rer. amot. *actio rerum amotarum autem adversus heredes datur, saltem in quantum pervenerit,* l. 3. C. rer. amot. *Torsit hæc antinomia valde illustrem Huberum, ut ad ea, quæ Dominus Præses adversus ejus conciliationes regessit ad* Tit. rer. amot. Posit. 6. lit. d. e. *nihil reposuerit in* Prælect. ad Pandect. d. tit. *Quid si ita dicamus? Paulum* in d. l. 6. §. 4. & *Ulpianum* in l. 9. de condict. furt. *nequaquam dissentire, sed utrumque velle, quod tam actio rerum amotarum, quam condictio furtiva, (non considerato fonte diverso unde oriantur,) debeant dari aversus heredes in solidum, quia sunt rei persecutoriæ: Sane Ulpianus* in l. 7. de cond. furt. *condictionem furtivam in heredem dari asserit, non, quod ex quasi-contractu oriatur, sed quod sit rei persecutoria, & Paulus* in d. l. 21. §. penult. *comparationem inter utramque actionem instituit, quod nimirum sint rei persecutoriæ, & ideo post annum dentur. Imperatorem Diocletianum autem diversum a Paulo disposuisse in* d. l. 3. C. rer. amot. *vel, quod inconcinnum esse arbitratus fuerit, actionem ex delicto in heredes dari, vel alia ex ratione. Hactenus ex illa dissertatione. Venit alio tempore in mentem, annon condictio furtiva sit inventa eo tempore, quo rei vindicatio nondum dabatur adversus eum, qui dolo desierat possidere. Nam hæc qualitas rei vindicationis olim ignorabatur, ut diserte patet* ex l. 27. §. 3. de R. V. *Neque huic conjecturæ obstat, quod condictio furtiva etiam detur, si sine dolo maio & culpa interierit res,* l. 16. de Cond. furt. *Nam id vel intelligendum in specie de casu commodatarii, vel de dolo speciali in amissione commisso. Nam generaliter fur quandocunque amittens rem, censetur dolo eam amisisse, quia, quamdiu non restituit rem, in perpetua mora & dolo est,* l. 20. eod.

3. Qua DOMINUS REI, est in definitione. Datur enim hæc condictio ad supplendum rei vindicationis defectum; quæ cum soli domino detur, hanc quoque soli domino dari consentaneum est, & quidem si res ei surrepta sit, ac tempore litis contestatæ dominus fuerit, *l. 10. §. 2. & 3. h. t.* ut tamen si quis dominus non sit, verum aliter ejus intersit, detur incerti Condictio, *l. 12. §. ult. h. t.*

CONTRA FUREM: Qui vere rigideque Fur sit, & rem corporaliter abstulerit, non adversus eos, qui cum fures non sint, actione tamen furti tenentur, ut sunt hi, quorum ope consiliove furtum est factum, *l. 6. h. t.* Ratio, quia condictio furt. non respondet actioni furti, sed, ut dictum, corrigit defectum rei vindicationis, quam solummodo adversus rei ipsius possessores dari, nota res est. His igitur casibus cessat condictio: Nec est tamen, quod non dominus cujus interest, aut ipse dominus agens adversus eum, qui rem non contrectavit, at ob dolum furti tenetur, non est, quod hi conquerantur, inquam, habent enim actionem furti in duplum, vel quadruplum. At hoc quod dicam, ab arbitris antiqui & hodierni juris haud dubie probabitur; Quia nunc in duplum & in quadruplum actiones cessant, adversus omnes, qui furti tenentur, dandam esse condictionem furtivam, nec non omnibus eam competere, quibus actio furti competit, statuendum est. Ita quoque Mornacius ad *l. 1. h. t.* non hac ratione, quam nos demonstravimus; Verum ideo, quia mera subtilitas juris civilis sit, enjus ratio reddi nequeat: *Subticet Cujacius*, inquit, *& alii prater Wesenbecium, qui tamen nihil exerit, quod sit satis.* Spero, caussam a nobis redditam esse clariorem, quod hæc condictio se non referat ad actionem furti, quæ datur omnibus quorum interest, verum ad rei vindicationem: & quod non domino jure civili competat actio furti pœnalis etiam contra eos, qui rem non contrectarunt: quæ pœnalis actio cum hodie cesset, inquam, res jubet, ut condictio furtiva tam late pateat, quam actio furti. In quod Autumnus & Groenewegius heic loci consentiunt; ideo, quod hodie *Actionum nomina libellis non inserantur.* Qua ratione si contentos esse oporteat, sufficit unum actionis nomen in genere, nec in singulis speciebus laborandum. Rectius consulunt, qui utcunque nomen actionis libello non inserendum sciant, nihilo secus tamen, quæ singulis negotiis actio conveniat, perspectum habere volunt, ut in conclusione formanda instar exempli propositam habeant.

ET Ejus HEREDEM. Idque non modo, quatenus ad heredem pervenit, sed etiam in solidum, ut validissime adfirmat Ulpianus in *l. 9. h. t.* qua de re cum dixerimus ad *tit. Inst. de Oblig. ex del. in fin.* copioseque eandem rem agat Wissenbachius ad *h. tit. n. 5.* & Struvius *n. 54.* qui in omnium manibus sunt, nihil est, cur nos actum agamus.

4. *Ut AUT REM, AUT EJUS ÆSTIMATIONEM;* secundum ea, quæ in principio ad *h. t.* Res ipsa existens præstari debet, ut nunc est, sine deductione impensarum; imo si perierit, æstimatio facienda est, non quatenus in re fuit tempore furti, sed prout postea, sumptu quoque furis aucta & ornata fuit, *l. 13. h.* ubi notabile exemplum: id est, quanti res unquam plurimi fuit, *l. 8. §. 1.* Non obstat *l. 2. §. 3. de priv. del.* Tempus enim judicii accipiendi illic est, quo judicium debuit accipi. Addantur, quæ dixi *in Prælect. ad §. ult. Inst. de oblig. ex del. & ad §. 14. de Action. & §. 1. de perpet. & tem. action.* Sane si fur aut ejus heres rem furtivam obtulerit, eaque deinde perierit, * cessare actionem ad æstimationem, docet Lex *8. h. t. in pr.*

* Jure Saxonum nonnulli contendunt, res furtivas a fure Magistratui restitutas, si dominus intra annum dominium suum non probaverit, pro derelictis haberi, adeoque Magistratui cedere, *a. L. R. l. 2. art. 31.* Richter. *Dec. 96. n. 169. sq.* j. Schilt. *adff. Ex. 24. th. 15.* Lyncker. *Dec. 672.* Sed cum *Ord. Crim. a. 113.* Magistratum res furtivas asservare, & Domino restituere jubeat, idemque *P. 4. C. El. 33. f.* cautum deprehendatur, vix est, ut id hodie obtineat, unde etiam post annum res furtivæ dominium probanti restituendæ sunt. *j. L. R. l. 2. art. 25.* sic *pron. Fac. Jur. Lips. Mens. Nov. Ann. 702.* Pingizer. *Ill. Quæst. 19.* Carpz. *Pr. Crim. qu. 80. n. 10. sq.* Berlich. *P. 5. C. 45. n. 29. sq.* Zobel. *P. 4. differ. Jur. Civ. & Sax. diff. 36. n. 11.* Non vero locum habere apud nos condictionem furtivam, quoties fur laqueo punitur, aut pœna corporis afflictiva coercetur, dictum est *supr. P. I. p. 355.* adde Carpz. *Pr. Cr. qu. 80. n. 140. sq.* Berl. *P. 5. Concl. 45. n. 16.*

TIT. II.

TIT. II.

De Condictione ex Lege.

I. Quid hæc condictio, & origo ejus. II. Exempla ejus. III. Usum ejus esse frequentissimum; contra Groeneweg. IV. Habere etiam locum in actionibus, quæ dantur ex consuetudine.

QVoties Lex obligationem producit, neque actionem dictat; toties condictio ex lege oritur, *l. un. h.* quemadmodum ex Edicto Prætoris actio in factum descendit, *l. 11. de præscr. verb.*

SCHOLIUM.

Cujus fontem forte non incommode poteris ad quasi-contractus referre. Quod enim in veris contractibus, sunt innominati, & præscriptis verbis actio, id in quasi-contractibus æquitas Lege roborata est, & condictio ex lege.

RESPONSIO.

Contenti simus origine hujus actionis, quam Lex ipsa dedit, eaque est LEX. An negotium, cui lex vim dedit obligationis, ferre queat nomen quasi-contractus, *in singulis videndum: In universum non potest hujus Actionis causa ad illam speciem referri.*

N. ADDIT.

Eadem vero autoritate, qua Autor nobis contradicit absque ratione, manemus in nostra sententia, & imo meliori, quia nostram sententiam supra corroboravimus, & rationibus ex analogia juris desumptis, & textibus. Vid. nov. addit. ad tit. ad exhib.

2. Exempla habemus in donatione nudo pacto facta, *l. 35. §. ult. C. de Don.* actione ad supplementum Legitimæ, *l. 30. C. de inoff. test.* actione condictitia contra executores litium, *§. 25. I. de Act.* item contra plus petentes *§. 24. eod.* Plura vid. in *l. 2. & l. 3. C. de jur. emphyt. l. ult. §. 10. C. de jur. delib.* ubi creditor jure prior agit adversus posteriorem creditorem, quia ab herede inventariensi pecuniam accepit, antequam accipere deberet. Aliud in *l. 1. C. h.* ubi fiscus agit ante tempus ex causa primipilari; quin infinita earum exempla esse possunt, quoties novæ leges a Principibus conduntur.

3. Grœnewegius ad *h. t.* negat, hujus condictionis nomen in judiciis frequentari, auctoremque laudat Mornacium, qui tamen pluribus exemplis Gallici Fori, usum ejus confirmat. Quin etsi hodie nullius actionis nomen in judicio exprimatur, hanc tamen condictionem esse nominandam, præ cæteris omnibus, recte dixeris. Nec enim potest conclusio vi novæ legis, nisi nomine Legis expresso, formari. Denique, sicut nulla civitas aut Respubl. est, ubi non sæpius novæ leges ferantur, unde actio petitioque dari potest, nullam condictionem majoris & liquidioris usus esse manifestum est; exemplis ubique redundantibus.

4. Quin potius de ampliando ejus usu consentimus Struvio, qui etiam ex consuetudine, quæ vim legis habet, dari monet hanc condictionem, *in fin. ad h. t.* Ita, cum prior colonus, qui sementem fecit, a successore suo petit dimidiam, vel tertiam partem fructuum, pro more cujusque loci, quemadmodum fit in hac provincia, vix est, ut alia quam hæc condictio, quæ necessario nomine suo designanda est, dari possit, & ejusmodi sunt, inquam, tot species, quot novæ leges patrimoniis civium gubernandis feruntur.

TIT. III.

De Condictione Triticaria.

I. Quid hæc condictio, & ejus origo. II. Quo sensu actio sit arbitraria; an sit aliarum semper accessio. III. Quæstio de tempore modoque æstimationis ineundæ difficilis. IV. Inde removeri debet æstimatio per juram. in litem. V. Removetur hinc etiam casus, quando partes inter se convenerunt. VI. Proponitur species quæstionis; cum æstimatio facienda, sine conventione partium, eique adhibetur distinctio inter judicia b. f. & str. juris. VII. Plerosque textus occupari posse, dicendo, tempus litis cont. & rei judic. non spectari in puncto, sed ut terminos ad quos, idque probatur legibus. VIII. Idem rationibus evincitur. IX. Remoto, quod movetur in contrarium. X. Limitatio dicti, quod æstimatio fiat, quanti res plurimi, inde a mora, & quam difficilis sit æstimatio rerum, quæ non extant. XI. Aliæ duæ limitationes. XII. Quæ rursus ipsæ limitantur. XIII. An aliquis hujus tit. superfit usus.

HÆc condictio, de cujus nomine vide Wiss. ad *h. t. n. 1. in pr.* & Struvium, æque generalis est, & proinde ultimo loco ponitur, qua petuntur omnes res, tam certæ quam incertæ, sola excepta pecunia, *l. 1. h.* Placet addere satis prolixum Thomasii scholium, qui omnium condictionum causas, partitionis beneficio detegere conatus est.

SCHOLIUM.

Obscura & difficilis est origo hujus actionis, paucaque de ea in Pandectis tractantur. Scribit equidem JCtus quidam celebris, hanc condictionem propterea introductam fuisse, quia ab initio in Mutuum tantum venerit pecunia numerata, non aliæ res fungibiles; sed has, si mutuo datæ essent, hac actione fuisse repetitas, proptereaque hunc titulum hodie esse inutilem, cum omnes res fungibiles hodie mutuo dentur, & sic condictione certi repeti possint: solere autem hodie ad hunc titulum recurri, quando rerum fungibilium æstimatio, non ipsa res, quam post mor. m recipere forte damnosum sit, repetitur. *Acquiescerem, si præsuppositum istud de sola pecunia mutuo data, vel probaretur, vel probabile videretur. Repugnant enim infiniti textus* in titulo de rebus creditis. *Accedit, quod res non saltem fungibiles, sed & aliæ non fungibiles, quarum nec hodie mutuum est, hac condictione petantur*, l. 1. h. t. *Igitur mibi ita videtur dicendum esse. JCti condictionem* generaliter pro quavis actione personali sumptam, *variis modis diviserunt, & inter alia etiam ratione objecti. Objectum actionum personalium sunt vel res, vel facta. Res vel certam determinationem habent, quid, quale, quantumque debeatur, vel incertam. Facta semper sunt incerta. Ulterius, res quæ facto opponuntur, vel sunt pecunia, vel æstimabiles pecunia. Ex hac diversitate objecti fluxit 1. divisio generalis condictionis, in certi & incerti condictionem. Præter hanc adhuc alia in usu fuisse videtur*, arg. d. l. 1. h. t. *scilicet, quod condictio sit* vel facti, vel rei, *& hæc quidem vel pecunia, vel rei pecunia æstimabilis, quæ Triticaria appellata, forte quod triticum tum temporis, quia ad sustentandam hominis vitam plurimum conducit, pro nobilissima inter res pecunia æstimabiles fuerit habita. Fuit igitur nomen hujus actionis generale, sive peteretur res fungibilis, sive non fungibilis, sive mobilis, sive immobilis, sive corporalis sive incorporalis, adeoque & æstimatio, habuitque conspecierum loco alias duas condictiones generales*: condictionem pecuniæ, & condictionem facti, *de quibus quod nihil deprebendamus, causa est, quod per Triboniani diligentiam saltem fragmenta babeamus ex JCtis veteribus, quodque hæc divisio alteri divisioni, qua condictio vel certi est, vel incerti, tanquam nobiliori vel usitatiori, jam dudum cedere necesse babuerit, & quod denique in libello, si specialia nomina actionum adessent, ea, non vero generalia, poni debuerint. Aderant autem semper, si res ipsæ petebantur, nomina specialia, ut condictionis certi ex mutuo, commodati, depositi, empti, confessoriæ &c. excepta sola condictione, qua æstimatio rerum petebatur, cui adeo ad instar condictionis ex lege, actionis itidem præscriptis verbis, & in factum, nomen generis, condictionis puta triticariæ, erat applicatum. Conjecturas has meas si quis non probet, rogo ut afferat meliores, dictæque* l. 1. & seq. h. t. *æque convenientes. Conf. interim* Dn. Schilter. Ex. 24. th. 58. & 60. *ubi & cur hodie ejus exiguus usus sit, docet. Illud addo: Quemadmodum condictio hæc specialis triticaria, haud dubie fuit condictio incerti, ita illa generalis in se neque certi erat, neque incerti, sed ab utraque abstrahebat. Ex quibus causis vero æstimatio peti possit, vid. apud Struv.* Ex. XV. th. 37.

RESPONSIO.

Qui hac via jus illustrare volunt, operam dare debent, ut quam minimum novi in Artem inferant. Prima divisio Condictionis ex materia subjecta, in certi, & incerti, *recta & juridica est; eaque res omnes, & facta, si qua sit horum condictio, comprehenduntur: Quid opus igitur aliam addere divisionem condictionis, quod sit* facti, vel rei, *de qua nihil est in legibus? Non puto etiam, recte condictionem ex usu horum titulorum sumi pro qualibet actione personali: sed ut vindicatio sumitur generaliter aut specialiter; ita condictio quoque, §.* 15. I. de Action. *vel accipitur pro qualibet actione in personam in genere, vel specialiter pro ejusmodi actionibus, quæ non habent aliud nomen certum, quales sunt quæ in libro* 12. & 13. *Dig. traduntur. Dicam igitur ita; Condictio stricte sumpta est vel certi, & incerti. Utraque rursus, vel generalis vel specialis. Certi generalis competit, ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur, ait Ulpianus in* l. 9. in pr. de Reb. cred. *Certi specialis est, condictio ob turpem injustamve causam, Indebiti, & sine causa* specialis: *item furtiva condictio, & ex Lege. Tametsi ex illis casibus aliquando & incerti potest agi, si de possessione similive jure quæstio sit. Incerti condictio est etiam generalis*

aut

aut specialis. Generalis est haec Triticaria, qua datur ad aestimationem omnium rerum, prater eas, quae non capiunt aestimationem, ut est pecunia, quae ut Aristoteles, πάντα μετρεῖται, quae ipsa facit omnium rerum aestimationem. *Incerta specialis, habet locum in condictionibus reliquis; si contingat in illis de rebus incertis agi, ut audivimus. Plenius* forte *Thomasio satisfacient, quae habet Ant. Merenda* lib. 13. Contr. c. 20.

N. ADDIT.

An in obscuritate hac juris Romani, Autoris meditatio meliores cogitationes meis afferat, judicet lector. Si triticaria condictio etiam data fuisset propter facta, mihi jam incidisset meditatio, similis huic Autoris responsioni. At vero cum per l. 1. h. t. *ea saltem debetur de aestimatione rerum, & tamen certum sit, condictiones ex promissis factorum ortas, esse condictiones incerti, non poteram defendere, quod Autor defendit, condictionem incerti in genere, (talis vero comprehendere debet etiam condictionem propter facta,) esse hanc triticariam, & incerti speciales, esse condictiones reliquas. Nam quaenam sunt reliquae, nisi condictiones de factis? Judicet ergo simul lector, an fine causa, quod mihi Autor imputat, aliquid novi in artem intulerim, dum in meo scholio prater condictionem pecuniae & triticariam, cujus utriusque fit mentio in* d. l. 1. h. t. *secrevi ab his duabus condictionem facti.*

2. Est igitur Condictio Triticaria, quod repeto verbis Struvii, *Actio in personam Pratoria, qua aestimationem rei dari oportere intenditur, atque ut arbitrio judicis pro ratione loci ac temporis rei debitae fiat aestimatio, petitur l. penult. h. t.* Genus, quod sit personalis praetoria, non habet dubium; sed estne bonae fidei, stricti juris, an arbitraria? Communiter arbitrariam esse dicunt, Cujac. *hic* & Struvius *n. 64.* item *exercit. 16. th. 37. & exerc. 17. n. 70.* Wissenbachius *n. 8.* qui dissentientes indicat Robertum & Donellum. Intelligo, arbitrariam qualitatem huic actioni competere eo sensu, quo Actioni quod certo loco adscribitur; ut cis breve videbimus; quatenus arbitramento judicis fit aestimatio. Sed arbitrariam esse hanc actionem ita, sicut opponitur bonae fidei & stricti juris qualitati, mihi non liquet. Sicut enim demonstratum est *supra in Parte I.* Arbitrariae actiones dicuntur ab *arbitrio*, id est a jussu judicis jubentis rem restitui, cui nisi pareat reus, sequitur condemnatio in aliquid majus; κέλευσιν τοῦ δικαστοῦ, *jussum judicis*, vocat Theophilus ad *§. 30. Inst. de Action.* de quo etiam superius ad *ff. tit. de R. Vind. n. 13. pag. 772. sq.* actum est. Talis jussio praecedens sententiam ad aestimationem, nusquam in condictione Triticaria legitur interponi, nec adeo natura actionis arbitrariae illi tribuitur. Potius ita se res habet. Restitutio rerum quarumvis, absque pecunia, petitur actione cuique negotio rebusque conveniente; Sed quando satis constat, dolo culpave rei non posse rem ipsam restitui, tum petitur aestimatio per hanc condictionem, quae si recta hoc modo instituatur, est actio propria, non alterius actionis accessio: & arbitraria, quatenus arbitrio judicis, *inquam*, fit aestimatio, non eo, quod arbitrium judicis praecedat sententiam principalem. Si vero, quod etiam fieri potest, alternative petatur res ipsa vel ejus aestimatio; tum hujus arbitrium non potest esse, nisi accessio principalis actionis ad restituendum. Judicis officium in aestimando, utroque casu eodem modo se habere videtur.

3. Quomodo autem hoc sit administrandum, locus est difficillimus, tam consideratione Legum varie loquentium, quam experientia judiciali & applicatione Legum ad singulas factorum species; ut nihil apud interpretes judicesque sit hac obscuritate celebrius. Nec immerito veterum, nescio quis Doctorum, processus hac *de re* vocavit Diabolicos, ob fraudes & mendacia, quae ad aestimationem justo majorem eliciendam adhibentur. Quemadmodum mihi constat, fuisse, qui hac via plus officio judicis consecuti sunt, quam unquam in bonis habuerant, idque testium fide juratorum. Nos ad minuendam intricatae quaestionis difficultatem, quae multis distinctionibus augetur, removebimus inde quod est alienum ab hac quaestione; quae est, cujus *temporis ratio sit habenda in vera aestimatione rei, post moram deperditae, vel deterioris factae*, & habebimus in conspectu non minus usum & facultatem negotii civilem, quam subtilitatem distinctionum legalium.

4. Quando veram dicimus aestimationem peti, excludimus ab hoc quaesito eam, quae fit per jusjurandum in litem, quae non secundum veritatem, sed pro affectione jurantis instituitur, & quae, cum in infinitum extendi queat, nulla temporis aut modi limitatione restringi patitur, ut *tit. de Jurand. in lit.* demonstratum est; nec, etsi moderatio judicis accedere possit, ea ex actis & probatis, certo tempore vel modo usquam restricta le-

legitur, sed ejus prudentiæ committitur, *l. 4. §. 1. & seqq. d. tit.* Ideoque juramenti in litem, & meri judicis officii distinctio maneat, ut est, ab hac quæstione separata, sicut etiam inde separatur in *l. 3. §. 2. D. Commod.* in qua primo dicitur, in commodato locum habere jusjur. in litem, *terminis habilibus* ex *d. tit. de jur. in lit.* petendis: dein pro æstimatione *quanti res vere sit*, traditur regula bimembris, quam mox videbimus.

5. Non miscemus etiam cum hac Quæstione casum, quo certa rei æstimatio in obligationem deducta est, quia tunc non quæritur, utrum creverit æstimatio, vel secus; verum simpliciter, in quam se debitor obligavit, in eam condemnandus est præcise, *l. 28. ff. de Novat.* Idque satis videtur esse positum extra controversiæ statum. Proximum huic, neque tamen cum eo confundendum, hoc est; si convenerit, ut certo tempore merx folveretur, neque tamen soluta fuerit; nam & hoc satis expeditum est, promissæ mercis æstimationem esse considerandam, quæ fuit eo tempore, quo convenit ut solveretur, neque exinde, mora licet commissa, crescere æstimationem, *l. 22. de Reb. cred. l. ult. de Trit. act. l. 37. ff. Mandati. l. 22. de O. & A. l. 59. de V. O. l. 11. de Re Judic.* a qua liquida Juris antiqui sententia licet Doctores communiter dissentiant, gaudeo tamen nostram Curiam prætulisse juris civilis doctrinam, apud Sandium *lib. 3. tit. 4. Defin. 8. in fin.*

6. Remotis igitur his articulis, ut alienis, aut expeditæ decisionis, plurimum est allevata difficultas propositæ Quæstionis, ad hos terminos redactæ; Si quis non restituerit rem, ad quam præstandam sine tempore certo erat obligatus, eaque perierit, aut deterior facta, veroque pretio æstimanda sit, cujus temporis habendi sit ratio: Distinguendum, *In bonæ fidei judiciis rei judicandæ tempus observatur, in strictis spectatur tempus litis contestatæ, l. 3. §. 2. d. Commod.* quam regulam male nonnullos ad casum juramenti in litem referre, modo demonstratum est; fit quidem in *d. §. 2.* juramenti illius mentio; fit opponitur ei æstimatio quanti res sit, de qua est hæc distinctio, ut sic oppositio illa declaratur in *l. 1. 2. 3. & tot. ff. tit. de In lit. jur.*

7. Verum huic distinctioni opponitur agmen textuum, quos recenset, & suo more conficit Wissenbachius noster, ad *tit. de Reb. cred. n. 11. & 12.* sed quorum numero multum derogare potuisset, si in mentem ei venisset, quod ratio negotiique natura omnino exigere videtur, etsi Vir Cl. aliique cum eo disputent in contrarium. Scilicet, tempora Litis contestatæ & Rei judicatæ non esse accipienda, *in puncto*, sed ut terminos, quos ad usque fiat æstimatio, ut reus, qui est in mora, teneatur ad id pretium, quo res plurimi fuit a tempore moræ, usque ad litem contestatam *in strictis*, & in bonæ fidei judiciis *usque ad sententiam.* Hoc est, quod Ulpianus ait in *l. 2. h. t.* cum dixisset, condemnationis tempus spectandum, subjungit *in fine*, reducendam æstimationem *ad tempus moræ.* Idem Ulpianus in *l. 8. §. 1. de Condict. furt.* Quæritur, *cujus temporis æstimatio fiat*, *placet*, inquit, *id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit.*

8. Non minus evidenter ratio & natura negotii, hancce laxiorem suggerit interpretationem. Nam primo, si dicamus, in strictis præcise tempus litis contestatæ spectandum, in bonæ fidei judiciis tempus rei judicatæ, non quod ante sententiam fuit, tum mora longior debitoris conditionem non faceret deteriorem, sed æque ad ejus commodum quam ad damnum pertineret, quando non minus vilissimum in illis punctis temporum, quam maximum potuit esse pretium; at secundum explicationem nostram, mora semper ad deteriorem debitoris conditionem pertinet, juxta regulam, Unicuique sua mora nocet, *l. 173. §. 2. de R. J.* si, inquam, in id quod res unquam plurimi fuit, cunctator teneatur. *Secunda* ratio, Mora perpetuat obligationem, *l. 91. §. sequitur. de V. O.* Quando igitur ante litem contestatam, mora commissa, res fuit pluris, eo tempore debitor in eam æstimationem, quæ tunc est in præsenti, tenetur, atque hæc obligatio semel constituta per moram continuatur, nec adeo decrescere potest, ut sæpe fieret, si temporis ante litem contestatam ratio non haberetur, sed tantum ejus momenti, quo litis contestatio peragitur. Non opus est, ut dicamus, per moram induci novam obligationem, quæ est instantia D. Wissenbachii, quasi contra *l. 44. de Oper. libert.* ubi per moram dicitur quis in obligatione *retineri:* nihil opus nova, sufficit obligatio continuata ad hunc, quem volumus, effectum. *Tertia* ratio: Quandoquidem in hac quæstione fit oppositio inter judicia b. f. & stricti juris, *d. l. 3. §. 2. Commod.* atque illorum natura sit, ut præstationes multo pleniores & effusiores habeant, quam stricti juris actiones, quod demonstratum est *supra Part. I.* non potest fieri, ut hæc distinctio tali effectus differentia careat. Si æstimationis alia sit in judiciis bonæ fidei

fidei, quam est in strictis ratio, necessarium dictu est, pleniorem esse præstationem in prioribus quam in posterioribus: Et est plenior in τοῖς bonæ fidei, arctior in strictis hac parte præstatio, si in his reus teneatur, ut nos putamus, quanti res plurimi fuit usque ad litem contestatam; in bonæ fidei judiciis insuper usque ad rem judicatam, ut si pendente lite creverit æstimatio, hactenus etiam mora noceat debitori. Si vero tu puncta temporum illorum duntaxat consideres, nihilo plus est in bonæ fidei judiciis, quam in strictis; quia non minus evenire potest, ut res sit plurimi, quando litis contestatio fit, quam quo tempore sententia ferenda est.

9. Hæ rationes facile sufficiunt, ut tueamur sententiam nostram de æstimatione facienda, (quando nihil conventione determinatum,) quæ est eadem veterum Doctorum communis, teste Fabro *4. Cod. t. 2. def. 7.* adversus ipsius aliorumque rationes; etiam adversus hanc, quam dixi, quod obligatio per moram non augeatur, quam Faber urget inprimis: Nec enim obstat, quo minus æstimatio crescat; ita enim separat Paulus argumentum obligationis ab incremento æstimationis. *Nec major fit*, inquit, *obligatio, quod tardius agitur: quamvis crescat, si vinum hodie pluris sit.* Addens: merito, *quia sive datum esset, haberet emptor, sive non, quoniam saltem hodie dandum est, quod jam olim dari oportuit. l. 21. §. cum per venditorem. 3. ff. de Action. empt.* Quæ verba ad continuationem ejusdem æstimationis, ex mora, demonstrandam egregie faciunt. Si vero hæc, quæ dicta sunt, Legibus & factis occurrentibus applicentur, forte sperare licet, tantopere celebratam hujus actionis difficultatem longe minorem esse, quam a nonnullis intricatur.

10. Interim præcedens interpretatio, quod Reus in id teneatur, quanti res unquam plurimi fuerit, ubi nihil certe convenerit, usque ad litem contestatam, vel sententiam, capit aliquot limitationes: Quarum prima, Quod, si res perierit ante litem contestatam, ultra quam in rerum natura exisit, ejus æstimatio crescere nequeat; cum utique τοῦ μὴ ὄντος, *ejus quod non est*, affectio nulla detur: Tunc igitur a mora usque ad rei interitum, durat incrementum æstimationis, ut traditur in *l. 2. h. t.* Sed est difficilis in hypothesi æstimatio rerum, quæ perierunt, præsertim si mobiles & multæ sint; nec enim aliter quam per testes de qualitate rerum pretioque fides fieri potest; quæ probatio, rebus non extantibus, admodum lubrica & incerta est; quod exemplo memini comprobatum hujusmodi. Anno 1680. *Antonius Jennema* Consul Doccumanus, condemnationem nactus adversus colonum suum, cum executionis causa res ejus auctione publica esset distracturus, mandatum dilationis, quod Colonus a Curia impetraverat, in ipso momento venditionis faciendæ sibi insinuatum, contemserat. Rebus distractis Colonus condemnationem adeptus ad restitutionem, damni illati ex eo, quod res præcipiti venditione sub vesperam diei, contra mandatum Curiæ, multo minoris quam valerent, venditæ essent; per testes singularum rerum æstimationem probare instituit, eaque via enormem pecuniæ summam, supra modum facultatum ejus, confecit. Habent enim æstimationes rerum pro singulorum judicio, præsertim rebus ipsis in medio non extantibus, ingentem latitudinem: Nec tamen alia ratio, nisi per testes hoc casu, vel si testes deficiant, & contumacia dolusve arguatur, jurandi in litem a Judice potest iniri: Neque tamen dubitandum, quin Judex, ut jurisjurandi enormitatem, sicut antea dictum, moderari potest, ita quoque testium arbitrarias æstimationes, ad fines probabilitatis reducere queat, & debeat.

11. Hoc etiam pro limitatione dicti, *quod æstimatio fiat, quanti res unquam plurimi fuerit*, tenendum; ipsum pretii augmentum, non consequentiam lucri aut damni inde provenientis, esse considerandum. Si vinum vere sit pluris, hoc præstandum, non quicquid vino vendito, per negotiationem lucrari potuisset. Frumentum quanti fuit in foro, tantum præstari debet; non damnum, quod ex fame familiæ aut jumentorum inde fuit ortum, *d. l. 21. §. 3.* Huic affinis est hæc observatio, quod non fortuiti & exquisiti casus, quibus res justo majore pretio vendi potuit, sed æstimatio communis & forensis, ut ita loquar, inspicienda sit, quod indicat Jctus in *d. l. 21. §. 3.* verbis; *omnis utilitas emptoris in æstimationem venit, quæ modo* CIRCA REM ipsam consistit.

12. At hæc limitatio, rursus limitanda videtur, nisi dolo vel contumacia Rei non fiat restitutio; tunc enim quicquid utilitatis interceptum est, videtur adjudicandum, ex *l. 13. in pr. de Action. empt.* & ex *argumento* in litem jurandi, quod in infinitum respectu omnium utilitatum, permittitur

tur ob dolum vel contumaciam. Sed videndum, ne non æstimationis rationem, cum eo quod interest, misceamus, de quo regulas aliquot habuimus ad *tit. I. de Action. num. 19.* & de quo locus *ad tit. de Usur.* iterum nobis occurret.

13. Cæterum, Condictionis Triticariæ nullum amplius usum superesse, tradunt Mornac. Autumn. Grœneweg. ad *h. t.* quibus contradicit Ant. Merenda *d. lib. 13. c. 23. n. 11.* Nempe, si rem & usum æstimationis spectes, nihil adhuc usitatius; si formulam agendi nomenque requiras, dicere licet, omnes actiones esse sublatas in usu fori.

Tit. IV.

De eo, quod certo loco dari oportet.

I. Quid hæc Condictio, & qualis locus intell. II. III. Qua ratione hæc actio e str. jur. transformetur in arbitrariam, & cujus utilitas vertatur. IV. Non opus esse tali mutatione in b. f. judiciis. V. Paraphrasis L. Centum Capuæ. h. t. VI. Casus, quibus hæc actio cessat. VII. Usus ejus hod.

Condictio de eo, quod certo loco est; Qua id quod certo loco promissum dari debuit, alio loco petitur, facta commemoratione loci, quo dari debuit. Cujac. *parat. h.*

SCHOLIUM.

Non quovis, sed domicilii, vid. not. ad Strauch. XVII. 3. p. 186. & XXIV. 19. p. 355.

RESPONSIO.

Dic potius, ubicunque Reus forum habet legitimum, sive domicilii, sive contractus, vel submissionis, modo reus in eodem loco reperiatur. Satis enim hoc intelligitur, eum, qui certo loco dare promisit, non posse quovis loco infinite conveniri. Ex eo, quod nos addidimus, responderi potest ad l. 43. de Judic. l. 6. §. 1. de Const. pec. l. 21. de Condict. Indeb. l. 137. §. 2. de V. O. *Adde* Struv. n. 69. h. & in resolut. ibid.

N. ADDIT.

Tres sunt sententiæ circa hanc quæstionem. Una, posse conveniri eum, qui certo loco promisit, quocunque in loco, etiam alias incompetente, per l. 43. de judic. *Secunda, posse conveniri eum in quocunque foro alio competente, cujuscunque generis sit, quam defendit Autor, & sine qua non putat responderi posse ad alium textum obstantem* d. l. 43. *(Nam cum reliquis textibus facilius transigitur.) Tertia, quod ille alius quic. locus, de quo loquitur* l. 43. *sit intelligendus saltem de foro domicilii, (sub quo tamen etiam comprehendi debent fora privilegiata quasi-domiciliorum, ubi quis degit functionis vel dignitatis causa,) quæ sententia est nostra. Probamus initio sententiam nostram, adducendo loca in scholio allegata. Postquam enim & Strauchius ita præiverat, forum in hac actione competens, dicens esse forum domicilii, adjeceram: Recte, non in quovis loco indefinite. vide Struv.* Ex. 18. th. 69. ibique in resolut. *ubi respondet ad* l. 43. de judic. l. 16. §. 1. de constit. pec. l. 27. de cond. ind. l. 137. §. 2. de V. O. *Contra rationem rectam quippe est, ut adjectio loci in contractu, contra intentionem contrahentium efficiat, ut ipsi in foro plane incompetente conveniri possint. Nec obstat alterius, quod forum domicilii generale sit omnibus causis tractandis. Conf.* Struv. Ex. 9. th. 35. *adeoque si actio de eo, quod certo loco, tantum ad forum domicilii restringi debeat, plane non opus fuisset, ut ea a prætore peculiariter introduceretur: Respondeo enim, distinguendo inter actiones b. f. & stricti juris. In istis sufficiebat forum istud domicilii generale, in his autem, cum judex regulariter non deberet verba transgredi, non poterat citra peculiarem prætoris concessionem, actio in foro domicilii institui.* Vid. l. 7. de eo, quod certo loco. Struv. Ex. 18. th. 67. *Addideram porro in loco secundo: Si igitur quis in alio loco quam domicilii, & plane inconveniente, actionem instituerit, eum non solum jure veteri causa cecidisse, sed etiam jure noviori in triplum fuisse condemnatum, arbitror arg.* §. 33. Inst. de action. *potissimum verbis:* Sin autem quantitate, vel alio modo. *Adde quos citat Philipp.* in usu Pract. Inst. lib. 4. Ecl. 57. n. 6. *Moribus nostris opponeretur in hoc casu exceptio fori incompetentis, reusque ab instantia absolveretur, & in expensas condemnaretur, salvo tamen jure actoris actionem debito in loco instituendi. Dicis: at vero hæc loca non probant, quod est in quæstione. Oppugnant enim saltem sententiam primam, quam & Huberus oppugnat, non autem oppugnant secundam, nec ergo probant præcise tertiam. Respondeo: Neque tum putabam esse plures sententias duabus, adeoque refutata illa prima, credebam non opus esse*

esse ut aliquid adderem. Jam vero postquam Autor illam tum ignoratam sententiam defendit, ostendendum est paucis, eam repugnare sensui communi, id est, si in lege illa 43. verba, alio quoc. loco, *semel explicentur*, alio quoc. loco competente, *non posse per alium locum competentem quemcunque alium intelligi, quam locum domicilii, vel ubi quis degit tanquam in foro privilegiato; Cum de alio fori genere non sit casus dabilis. Nempe quatuor sunt fora ordinaria, domicilii, contractus, rei sitæ, delicti commissi. Forum contractus hic non intelligitur per* alium *locum, quia, si quis certo loco dare promisit, is ipse locus, ubi dare promisit, est locus contractus; ut ex primis principiis notum est, ergo non potest sub nomine* alterius *loci in* d. l. *intelligi. Forum delicti commissi, etiam non potest obtinere, quia hoc saltem obtinet in actionibus ex delicto. De Foro rei sitæ par est ratio, quia forum rei sitæ locum saltem habet in actionibus realibus, vel interdictis. Ergo quid amplius restat? Nullum forum, nisi forum domicilii. Jam facile cadit doctrina Autoris:* Ubicunque, *inquit*, Reus forum habet legitimum, sive domicilii, (*bene*) sive contractus, (*atqui forum contractus est illud ipsum, ubi solvere promisit,*) vel submissionis. *Ad hoc vero respondemus: I. Bene, quod Autor ipse agnoscat, forum rei sitæ & delicti hic esse impertinens. II. Forum submissionis, quale fori ordinarii genus? Credo, Autorem novum terminum & effinxisse, & substituisse, ut saltem haberet quid, quod dicis gratia afferret: Neque enim supra, ubi de foro competente plena manu agit, quicquam de hoc foro submissionis deprehendere potui. III. Si intelligit forum incompetens, sed cui reus sponte se submisit, quidem initio non merebatur collocari inter genera fori legitimi, ut de quibus hic diserte agit Autor; deinde etiam non poterat afferri in quæstione de foro, ubi quis tenetur respondere invitus.*

2. Notum est, discrimen inter actiones bonæ fidei & stricti juris, consistere in hoc potissimum, quod in actionibus strictis judex non potest excedere terminos conventionis inter contrahentes factæ, & quod in opposita specie judex habet liberam potestatem æstimandi ex bono & æquo, quod alter alteri dare præstare debeat, etiam ultra expressam conventionem, ut declaratum est in parte priore *p. 410. n. 25.* Quando igitur aliquis ex stipulatu, aliove stricti juris contractu, alteri *certo loco* debere cœperat, si quidem eo loco, qui expressus erat a partibus, actio moveretur, nihil ad ejus naturam accedebat, sed ut stricti juris erat, ita exercebatur. Verum si contingeret alio loco fieri petitionem, etsi Reus ibi forum haberet, tamen actio procedere non poterat, quia judicis officium egredi nequibat terminos conventionis, quæ certi loci meminerat; præsertim quia præstationes ex varietate locorum redundantes, sæpe magni erant momenti, ut Gajus exponit in *l. 3. h. t.* Quare ut id, quod ratione loci intererat, salvo juris ordine peteretur, opus fuit actionis naturam non adeo mutari, quam aliquid ejus qualitatibus superaddi: Hoc erat, ut judex ejus quod interest, ex varietate loci rationem habere posset; nec ita partium conventioni adstrictus, ex æquitate condemnationem moderari posset, quo sensu placuit hanc actionem non amplius stricti juris appellare, sed arbitrariam, in *l. 14. §. 1. & t. tit. h.*

3. At hoc loco rursus observandum venit, Arbitrariam vocari hanc actionem non eo sensu, quo arbitrariæ speciem faciunt oppositam bonæ fidei & stricti juris actionibus, idque ab arbitrio, id est, a jussu Judicis rem jubentis restitui, cui si non pareatur, sequi solebat condemnatio in aliquid majus, ut ad *tit. præcedentem* observatum est; sed ab illo arbitrio æstimandi id, quod ratione loci interest, in ipsa ultima sententia. Proinde cum arbitrium non inferat differentiam specificam, sed qualitatem adjectitiam, manet in se quæ prius fuit, adeoque stricti juris adhuc est actio. Si, ut plerumque fit, agatur ex stipulatu, manet eadem e stipulatu actio, & judicis officium ampliatur, *l. 2. §. 7. & 8. h.* Idem est, si e testamento, quæ est etiam stricti juris, mota sit actio; *l. 5. h.* & liquidius, condictio certi e mutuo, *l. 6.* Cæterum, datur hæc actio stipulatori quidem, non tamen semper in ejus utilitatem, sed tam in commodum rei, quam actoris, si per hunc steterit, quo minus certo loco solveretur, *l. 2. pr.*

4. Ex his facile colligitur, quod in b. f. jud. hæc adjectitia qualitas necessaria non est: quia natura illorum facile id quod interest complectitur, licet extra conventionem, *l. 7. pr. h.* nisi respectu stipulationis alicujus accessoriæ, *§. 1. eod.* Denique nota, eum, qui alio tempore petit, quam quo convenerat, nullam qualitatem novam inferre judicio, quoniam id, quod hactenus interest, actione ex stipulatu per se potest peti, *l. 114. de V. O.* Ratio differentiæ inter locum & tempus videtur, primo, quod adjectum tempus non solet alias mutare naturam actionis, neque vim ejus suspen-

dere, neque tollere, ut dix. ad *§. 2. & 3. Inst. de V. O.* tum, quod utilitas ratione temporis, multo promptius æstimari potest, quam locorum diversitas, quatenus pretia rerum & usuræ pecuniarum singulis fere locis variant, ut ad *§. 35. Inst. de Action.* Theophilus exponit.

5. Quod si is, qui certo loco, veluti Capuæ, stipulatus est, fidejussorem acceperit, ea pecunia similiter a fidejussore ut ab ipso promissore, peti debebit; id est, ut si alibi quam Capuæ petatur, actio fiat arbitraria, ut æstimetur id quod ratione loci interest, & hoc præstet fidejussor. Nec ideo necesse est, ut dicamus; *obligationem* fidejussoris augeri exinde, quod debitor principalis Capuæ non solverit, ita quemadmodum obligatio fidejussoris ex causa usurarum augetur; nam hæc causa dissimilis est. Etenim usura debetur in contractibus strictis ex stipulatione speciali, *(l. 3. C. de Usur.)* Et proinde cum fidejussor in omnem causam obligatus tenetur ad usuras, jure obligationis teneri intelligitur; hic autem una est obligatio pecuniæ creditæ: & æstimatio ejus quod interest ob mutationem loci, non venit ex obligatione propria, sed ex officio Judicis. Atque hujus differentiæ manifestissimum argumentum est hoc; Qui centum Capuæ stipulatus est, si post moram debitoris partem pecuniæ acceperit, respectu ejus quod accepit, non potest agere in id quod interest: verum qui sortis usurariæ partem accepit, usuras in stipulationem deductas nihilominus, etiam de parte sortis quam accepit, recte petet. *Hæc est paraphrasis Legis CentumCapuæ. 8. h. t.* quæ inter difficillimas habetur: sed difficultas e commentariis Interpp. prolixis magis intricatur. Nihil est potius, quam intendere animum ad ipsa verba textus, quæ non videntur esse tam obscura, quam prædicantur. Positiones ea comprehensæ ad *tit. de Usuris, & de fidejussoribus*, iterum nobis occurrent, heic sufficit intelligere mentem Africani in *d. l. 8.*

6. Sunt casus, quibus hæc actio cessat; quorum Primus esse videtur, si quis factum promiserit; hoc enim ut sine adjectione certi loci non valet promissum, ita non potest alio loco peti, quia non esset idem factum, *l. 2. §. 5. h. t. l. 115. d. V. O.* II. Si alternative, aut Ephesi aut Capuæ, sit promissum, & per actorem steterit, quo minus Ephesi petitum sit; Capuæ tamen peti potest, ut actio non fiat arbitraria, quia potuit actor, utro loco vellet, agere: Nam in alternatione locorum placet actoris esse optionem, cum in alternativis rerum electio sit debitoris, *l. 2. §. 3.* ubi ratio differentiæ practica redditur a Scævola; quin, hoc ipsum juris esse contra omnes, qui duplex forum habent, inde observatum est. III. Si creditor post moram debitoris acceperit pecuniam, sine protestatione, cessat hæc actio, quia pœnam remisisse videtur, *l. ult. fin. h. t.*

7. Moribus hodiernis, hæc mutatio qualitatis e stricti juris in arbitrariam actionem, nullam videtur habere facultatem, etsi Grœnewegius hic taceat, secus ac Mornacius; Etenim si maxime differentia stricti juris & bonæ fidei actionum non sit ubique sublata, ut apud nos sane plerique durant effectus, arbitrariæ qualitatis nomen & usus ignorantur: Simpliciter ex stipulatione factove, dabitur actio in id quod interest, tam ratione loci, quam temporis respectu. Summa tamen rei ferme eodem redibit, ut judex arbitretur, quanti interfit alterius, per quem non stetit, quo minus loco convento petitum fuerit.

TIT. V.

De Pecunia Constituta.

I. Quid Constitutum, & fundamentum obligationis ejus. II. An sit Contractus. III. Constituti usus pro alio, discrepans adhuc a fidejussione. IV. Constitutum pro nobis ipsis, quem usum habet, tam in quam extra judicium. V. Constituenti pro alio, dari beneficia fidejussorum; non tamen ordinis, si quis ad tempus certum constituerit. VI. An hodie intelligenda sit novatio in casu constituti ad certum tempus. VII. Tralatitiæ Constituti proprietates. VIII. Cessare actionem constituti, si Creditor in mora fuerit, salva actione Principali.

QVando homines id agere volunt, antequam res in judicium veniat, ut petendi facultas alio vel loco, vel tempore, constituatur, in eum finem Constituta comparata sunt, *l. 3. §. f. l. 4. & l. 5. h.* Est Constitutum, finiente Cujacio, nihil aliud quam conventio, qua quis spondet citra stipulationem, se soluturum esse, quod ipse, vel alius debet. Fundamentum hujus actionis recte a Dd. pactum geminatum statuitur, in quo cessat ratio prætoris, ne quis temere promisisse videatur,

tur, quemadmodum in muliere, quæ post biennium repetiit intercessionem, cessat imprudentiæ præsumptio, quæ causam sanctioni Vellejanæ præbuit, *l. 22. C. ad SC. Vellej.*

2. Sed non opus fuerit ambigere de ratione, quam propter actionem pariat Constitutum, si verum sit, quod Cujacius in *parat. h.* statuit, Constitutum esse *contractum*, pro qua sententia minime spernendum videtur hoc argumentum; *Conventio habens nomen ad materiam habilem obligationis, est contractus, & quidem nominatus: Atqui Constitutum est ejusmodi conventio.* Respondetur, non tam Artis ingenium, quam usum Juris facere, ne Constitutum pro contractu sit habendum. Nusquam refertur inter contractus: quo minus referri posset, ego quid obstet, non admodum videre me fateor: Nisi tu dicas; hanc Conventionem non vocari certo nomine *Constitutum;* ubique pluribus verbis, pactum *constitutæ pecuniæ* circumscriptum videmus: Ut adeo fortean certi nominis hanc esse conventionem, ac ita contractum, negari possit.

3. Quid sit *Constitutum*, (ita compendio appelletur,) quid differat actio Constitutæ pecuniæ ab actione receptitia, dictum jam est in *Parte I. p. 401.* Sed ad Usum ejus paulo pressius; Ex definitione liquet, id eo esse comparatum, ut vetus debitum vel nostrum, vel alienum, in nos recipiamus. Et quidem quo fine alienum debitum alius in se recipiat, per se manifestum est, cum idem inde fructus, qui ex fidejussione, redundet; imo hanc Constituti speciem moribus hodiernis cum fidejussione confundi, sublato ejus unico discrimine, quod est stipulationis & pacti, æque manifestum videtur, & jam observatum est *Parte I. l. c.* idemque monet Gudelin. *l. 3. jur. noviss. c. 11. v. fidejuss.* Grœnew. *ad l. 4. C. h. t.* Videndum tamen, ne non adhuc diversæ res esse queant, velnti: Uxor sine viro promisit; Vir deinde recepit etiam absque novatione; non est fidejussio, sed est Constitutum. Sic etiam si quis aliud promittat, quam Reus principalis debet, fidejubendo non obligatur, *l. 8. §. 7. & 8. de fidejuss.* At qui pro alio rem aliam, quam is debet, promittit soluturum, ex Constituto obligatur, *l. 1. §. 5. h. t.* nec dubito, quin hodieque teneatur. At quomodo, roget aliquis, in usu vernaculo discernemus Constitutum a Fidejussione? Nomina distincta satis usitata sunt; *Acte van aenneminge*, Constitutum, *Borgtogte*, fidejussio. Proinde, si quis ita scripserit aut dixerit; Ego recipio *neme aen*, soluturum me esse Calendis proximis mille florenos Titio, quos Cajus ei debet ex causa tali, erit Constitutum, non fidejussio, nec etiam Novatio, si nihil aliud exprimatur. Nuper accidit mihi ipsi, & sæpe usu venit hæc species. Primo debebat Secundus Centum, Tertius fidejussor accessit: Quartus, creditor Secundi, hoc volente & adsignante, accepit Constitutum a Tertio, in hanc sententiam: *Ego* Tertius *constituo*, neeme aen, *me soluturum* Quarto *cis mensem*, *mille Florenos*, *quos* Secundus Primo *debet*, *pro quibus ego* Tertius *Primo fidejussi.* Erat constitutum bene distinctum a fidejussione; nam in tali specie Constitutum fieri posse, legibus proditum est; sufficit enim, esse debitum quod constituatur, etsi nec Constituens sit debitor, nec is, cui fit constitutum, Creditor, *l. 5. §. 2. & seqq. h. t.* quomodo in isto exemplo se res habebat. Fidejussionem eo modo facultatem habere, nusquam legitur, nec res *ita* ferre videtur: Multum igitur abest, ut fidejussio non differat amplius a Constituto pro aliis, etsi ita communiter omnes; idque bene observandum.

4. Porro Constitutum pro nobis, quem usum habeat, edisserendum. Etenim si nihil quam confirmatio prioris debiti sit, angustam ejus utilitatem esse oporteat. Igitur primo, Quod naturaliter tantum debetur, etsi inde non datur actio, tamen constitui potest, ut effectum actionis habeat, *l. 1. §. 7. h. t.* Exemplum; Scripsisti, vel antecessor tuus, debere te centum Cajo, sine mentione causæ; non potest inde agi, ut superius dictum; Si vero constituas, te soluturum, actio sine dubio dabitur. II. Quando id agere volunt partes, ut aliud pro alio solvatur, in eum finem Constitutum utiliter adhibetur, *d. l. 1. §. 5.* III. Quando in diem debetur, per Constitutum id agi potest, ut pure, vel citeriore die solvatur, *l. 3. §. ult. & l. sequ.* IV. Quod pure debetur, per constitutum a Conditione suspendi potest, *l. 19. §. 1.* V. Qui est in mora solvendi, potest in certum diem constituere, se soluturum; cui plerumque aliquid ad certiorem creditoris expectationem accedit, ut adsignatio rei, vel personæ, unde solutio profectura sit, vel submissio sub alium judicem, aut subjectio voluntariæ condemnationis, quæ est in usu apud nos quotidiano; verum ita ut plerumque apud acta judicii declaretur. Quo facto, si Reus constituto non pareat, elapso tempore, denuo citatur, ut videat, Constitutum executioni subjectum declarari, ut vulgo loquuntur, non secus ac re judicata. Id fit apud Curiam no-

 stram,

ſtram, extemporanea declaratione Commiſſarii ad audientias, ſive ad *Rotulam*. Idemne fieri poterit, ſi Conſtitutum cum tali pacto condemnationis ſubeundæ, privatim celebretur? Ita videtur, per ea, quæ de pacto executivo tradit Sandius *Lib. 1. tit. 12. defin. 3.* Pacto enim, judicis auctoritas per ſe nihil roboris addere poteſt, ſed majoris adhibetur certitudinis cauſa. Solent autem cum hoc effectu conſtituta debitorum pro ſe ipſis celebr-ri; quo minus pro aliis æque fieri poſſint, nihil quidem obſtat, ſed rarius uſu venit.

5. Si vero uſu veniat, ut plures pro alio conſtituant, beneficium diviſionis inter plures conſtituentes locum habere, ſicut in fidejuſſione, vult ratio, & *lex ult. C. h. t.* nec dubium, quin beneficium cedendarum actionum, ſolventi non minus in conſtituto, quam in fidejuſſione ſit dandum, per *l. 76. de Solution.* Idem de beneficio ordinis ſive excuſſionis obtinere, licet Conſtitutum in *N. 4. c. 1.* non contineatur, quia ratio tamen eſt eadem, non dubitatur, Rittershuſ. *part. 3. ad Nov. c. 2. n. 15. & ſeqq.* Attamen quia plerumque Conſtituta ſic hodie fiunt, ut quis ad *certum diem* ſe recipiat ſoluturum, quod alius debet, maxime ſi voluntariæ condemnationi, ſi intra tempus illud non ſolvat, ſe ſubjiciat; cujus effectus eſt parata executio: ſatis evidenter id agitur, ne tum excuſſionis prætextu ſolutio differatur. Imo in ſuperiori exemplo, cum Tertius conſtituit, ſe Quarto cis menſem ſoluturum, quod Primus debebat, etſi abſque tali ſubmiſſione, nihil minus cogitatum eſt, quam de ordinis ſive excuſſionis beneficio. Idem eſt maniſeſtum in exemplo, quod eſt in *l. 24. h. t.* Titius Sejo epiſtolam miſit in hæc verba; *Remanſerunt apud me quinquaginta ex credito tuo, ex contractu pupillorum meorum, quos tibi reddere debebo, idibus Majis probos.* Si ſtipulatio intervenerit, dicitur eſſe reus pupillorum loco, id eſt novatio, quo certe caſu non eſt locus ordinis beneficio. Si non proceſſerit ſtipulatio, dicitur eſſe Conſtitutum; cujus præſtatio eſt eadem & æque aliena ab ordinis beneficio, maxime quia additum erat; *Si ad diem ſupra ſcriptum non dedero, tunc dare debebo uſuras tot.* Reſpondet Marcellus; In cauſa ſtipulationis, valere ſimpliciter obligationem novam. Abſque illa, ſi nihil quam Conſtitutum ſit, teneri ſcribentem quoad ſortem, non de uſuris, quia debitum non fuerat uſurarium; Conſtitutum autem non valere, niſi quatenus pure debetur, jam intelleximus *in Parte l. l. c.* ex *l. 11. h. t.* alias, ſi debitum fuerit uſurarium, valet etiam Conſtitutum in uſuras, *l. 27. h.*

6. At vero cum hodie diſcrimen Stipulationis & Pacti in uſu eſſe deſierit, an ex *d. l. 24.* non eſt dicendum, fieri ſemper novationem, quando quis alienum debitum recipit, *ad certum tempus* ſolvendum? Reus enim in locum pupilli, *d. l. 24.* videtur eſſe Expromiſſor, qui Novandi animo alienum debitum in ſe transfert, ut declaratum quoque eſt *in Parte l. p. 351. n. 6.* Subſiſto; Videtur enim, quando novus debitor interponitur, eſſe novatio, ad quam hodie ſtipulatio non poteſt requiri, cum in uſu non ſit. Nec tamen uſus Fori talis eſſe videtur, ut Conſtitutio ad certum tempus, quod fere ſemper adjicitur, primus debitor liberetur; magis hoc agitur, ut Conſtitutor inſuper obligetur, alterque m-neat obligatus, ut jure civili cautum eſt *l. 18. §. ult. & l. 28. h. t.* Cenſeo igitur, in hac ſpecie locum etiam habere conſtitutionem *l. ult. C. de Novat.* non intelligi novationem factam; niſi id expreſſe actum ſit inter partes, etſi quoque proceſſerit adſignatio Primi Creditoris in alium. Si debitor exhibita adſignatione, conſtituerit Alii certo tempore ſe ſoluturum, nec ſolvat, aut per Alium ſteterit, quo minus ſolveretur, act-onem primam nihilominus integram manſiſſe, non poteſt dubitari. Novatio demum facta videbitur, quando Primus ſuum jus crediti in alterum plane tranſtulit; & tunc promiſſio facta novo Creditori non eſt Conſtitutum, ſed nova Principalis obligatio, quod addi velim iis, quæ hac de re dicta ſunt *ſupra in Parte Lib. n. 7.* & dicenda erunt ad *tit. ff. de Novat.* Cæterum, qui conſtituit, ſe pro alio ſoluturum intra certum tempus, videtur intra tempus illud, debitorem principalem ad ſolvendum ſeque liberandum convenire poſſe, *arg. d. cap. 1. Nov. 4. verb. Det tempus intercesſori volenti principalem deducere &c.* Habeat igitur locum in Conſtituto beneficium ordinis; Sed quia vix unquam in uſu hominum Conſtituta ſine certo tempore contrahuntur, dicamus, id in conſtituto vix uſum invenire, certe nunquam in iis, quæ apud Acta vim paratæ executionis acceperunt.

7. Hoc etiam ad uſum negotii pertinet, quod etſi differentia pacti, & ſtipulationis ſive interrogationis & reſponſionis ſolennis, quæ eſt juris civilis, hodie ceſſet; Conſtitutum tamen æque ac fidejuſſio, verbis ineundam eſſe habentibus vim obligandi perſpicuam, in hanc ſententiam ſaltem;

tem: *ego recipio me soluturum.* Ἐγὼ ἀποτίσω, ἐγὼ Παῦλος τῇ ἐμῇ χειρὶ ἔγραψα *Ego restituam, ego Paulus manu mea scripsi*, quod est constitutum Pauli pro *Onesimo ep. ad Philem. v. 19.* Ik neeme aen te betalen, *ut supra.* Si quis impersonaliter dixerit, *satisfiet, daer wort angenoomen*, non obligatur, qui his verbis usus est dicto vel scripto, *Auth. si quando C. h. t.* Quod cum evidenti ratione differentiæ constet, Autumnus ad *d. loc.* censens, illam *Auth.* usu abrogatam, non habet rationem, sed optimam Grœnewegius ad *eand. Auth.* hoc temperamento addito; *nisi ex praecedentibus aut sequentibus verbis, aliisve circumstantiis appareat, respondentem de se promisisse:* Quod nec Justinianum puto aversaturum; siquidem in conventionibus voluntatem potius contrahentium, quam verba spectari, jura præcipiunt, *l. 219. de V. S.* ut id quod actum potius, quam quod scriptum est, sequamur, *l. 34. de R. J.* adde *l. 1. §. 2. de V. O.* Cætera, quæ communia sunt Constituto cum aliis conventionibus, ad locum communem de *Pactis* alibi collocatum pertinent; veluti, quod tam inter absentes quam præsentes, etiam per nuntios, *l. 14. §. ult.* fieri potest, aut per epistolam, ut modo dictum; denique nec alii per alium constitui potest, *l. 5. h. t.* non obstante *l. 14. §. ult. & l. 15. h. t.* & si qua id genus alia sint.

8. Cessat hæc actio, si die constituto, vel etiam antea per Actorem steterit, quo minus debitum acciperet, etsi per casum fortuitum actor sit impeditus, modo reus in mora non fuerit, amittitur hæc actio, inquam, re quamlibet extante, *l. 16. §. ult. & l. 18. in pr. h. t.* Quod quibus durum videtur ex argum. *l. 91. §. 3. de V. O.* reminisci debent, heic rei ipsius non verti jacturam, sed actionis tantum hujus accessoriæ; Quia satis constat, principalem & originalem actionem post Constitutum, adeoque etiam post moram Actoris, manere salvam, *l. 18. §. ult. & l. 28. h. t.*

TIT. VI.

De Commodato.

I. Usus verbi vetus & vernaculus. II. Definitio Commodati remissive. III. An plures Commodatarii, & Conductores, singuli in solutum teneantur. IV. An aliquando ante usum rei finitum, agi possit Commodati.

Post Mutuum, ex quo datur Condictio, cujus occasione de Condictionibus actum, sequitur *Commodatum*, cujus explicatio non est difficilis, ait Ulpianus in *l. 1. §. 1. h. t.* augetque facilitatem, quod vix ulla moris hodierni a Jure Civili hac parte differentia conspicitur;* nisi quod de usu vocabuli observare licet, non valere nunc, quod Ulpianus ibidem refellit opinionem Labeonis, qui tradebat, commodare & utendum dare differre ut genus & speciem: Hoc enim more loquendi omnium fere gentium, etsi aliter ac Labeo volebat, est certissimum discrimen. Utendum dare generali vocabulo dicitur *leenen*, Gallis *prester*, cæterisque populis æquivalente verbo; Hoc autem fit tribus modis, ut ad certum finem utamur, ut ad libitum concedentis, ac ut abuti liceat. Prius Commodatum, alterum est Precarium, Tertium nihil aliud quam Mutuum;** vernacule melius quadrat; *Bruik-Beed-Verbruik-leeninge*, quemadmodum in *Jurispr. Vernac. lib. 3. c. 10. in Comp. & cap. 16. maj. tract.* exposuimus. Quin nec Labeonis interpretatio, qui res immobiles dari quidem

* Sunt tamen, qui Jure Saxonico in Commodatarium dominium, aut possessionem saltim transferri, existimant per L. R. *l. 2. art. 60. lib. 3. art. 5.* Hahn. *ad Wesenb. tit. de commodat. n. 7.* Carpz. *P. 2. C. El. 26. def. 1. n. 2.* Coler. *Dec. 7. n. 7. seqq.* Zobel. *P. 2. diff. 32. n. 14. sq.* Sed contrarium rectius tuetur Schilter. *ad ff. Ex. 25. §. 5. seqq.* Textus enim des Land-R. *l. 2. art. 60.* ad commodatum irregulare pertinet, in quo partium conventione, id actum ut possessio in accipientem transiret; *lib. 3.* autem articulus 5. de rei commodatæ culposa deterioratione accipi potest. conf. L. R. *l. 2. art. 36. l. 3. art. 22.* Adde Hertium *in Parœm. Juris Germani* L. I. *Parœm. XVIII.* & Sam. Frid. Willenbergii *dissert. de Abusu Canonis Juris Lubecensis*: Hand muß Hand wahren. Gedani 1707. ed.

** Dicitur & Germanis leihen, lehnen, & est latissimæ significationis vox *omnem usus concessionem* denotans vel *gratuitam*, ut in commodato, precario, mutuo, pro diversitate rerum fungibilium, non fungibilium & harum, sive ad certum finem aut tempus, sive ad libitum, ut recte Noster Auctor, vel *non gratuitam*, ut in locatione conductione, & singulari ratione in fundis. Conf. Schilter. *Institut. Juris Feudal. c. 1. §. 1.*

quidem utendas, non tamen commodari putabat, ab usu hodierno populorum abhorret: nec enim de fundis & domibus usitatum est vocabulum *leenen:* Etsi tempore Ulpiani, Commodati vox ad immobilia quoque producta fuerit, ut ipse testatur *in d. §. 1.*

2. Definitionem Commodati, & actionem inde oriundam, executi sumus in *Parte I. p. 288. sq.* ut & præstationem doli & culpæ, * *ibidem n. 10.* junctis, quæ ad *tit. de Susp. Tut. p. 75.* præmissa fuerant. Ad usum negotii forensem pertinet hæc observatio; Re duobus communi periculo commodata, singuli pro partibus tenentur, sic ut alias semper, quando plures contraxerunt, ut docet Africanus in *l. 21. §. 1. h.* quanquam & duo quodammodo rei debendi in Commodato constitui queunt, si duorum fidem in solidum commodans secutus fuerit, ut Ulpianus *l. 5. §. ult. h. t.* Wissenb. *th. 10. ad h. t.*

SCHOLIUM.

Adde Struv. h. t. th. 9. *Bene esset, si aut Ulpianus diceret, quod amborum fidem in solidum secutus fuerit commodator, quod præsupponit Wissenbach.; aut Africanus assereret, ex pacto magis adjecto vasa ibidem communi periculo fuisse, quam ex natura contractus. Jam disputatio prolixior Celsi apud Ulpianum, ostendit, dissensum fuisse inter JCtos.*

RESPONSIO est in sequentibus.

Res hæc ingentem usum habet, non modo in rebus commodatis, sed etiam in locatis, ut bene observat Mornacius ad *hunc locum;* addens, quæstionis ejus usum longe majorem esse, postquam currus pensiles & locabiles *in sumptuosa Lutetia adeo sunt multiplicati*, ut iis personent urbes, fere ut fragosis mare tempestatibus: quod in nostras quoque urbes majores, sero licet, penetravit, novissimis difficillimisque potissimum temporibus: Est enim hæc justissimo Dei judicio perversa rerum humanarum consuetudo, ut quanto major bellis aut vilitate rerum, unde pecuniæ rediguntur, est paupertas publica, tanto magis invalescat luxus & profusio; quæ est prudentissima Mezeraji in regno Henrici III. observatio, perpetua omnium seculorum animadversione confirmata. Sed præter sumptuosas carrucas, in rebus etiam vilioribus hac de re quæritur; An si pluribus idem vehiculum, eadem vasa commodata, locata sint, in solidum singuli, an pro parte sua teneantur. Mornacius tamen nihil ad difficultatem, quæ est inter leges diversas, profert. Connanus ad *h. locum* distinguit inter actionem ad rem restituendam, & ad doli vel culpæ luitionem, quæ est Bartoli doctrina; sed etiam refellit judicii exactissimi JCtus Anton. Merenda in *lib. 8. controv. c. 16. n. 12.* ubi hæc verba; *Sicut enim obligatio restituendi inde oriens, quod quis rem alterius acceperit; ad id, quod accepit, restringitur; ita obligatio oriens ex dolo vel culpa alterius, eatenus se extendet, quatenus custodire & restituere tenebatur; si autem non tenebatur restituere in solidum, cur in solidum custodire tenebatur? quod si pro parte custodire & restituere tenetur, cur tenebitur ex culpa & dolo alterius?* Quæ sit Ulpiani *d. l. 5.* Autoris sententia, patet ex *l. 9. de duob. reis.* collata cum *d. l. 5. §. ult. in fin.* ubi, *Eandem rem apud duos pariter deposui, utriusque in fidem solidum secutus; vel eandem rem simul commodavi; sunt duo rei promittendi.* Non ait, de commodato inter partes convenisse, ut fidem utriusque in solidum dominus sequeretur; hoc in Deposito, cujus alia ratio est, obtinere; sed in Commodato ex eo ipso, quod res duobus simul commodata fuit, id intelligi statuit, quod idem est in *§. ult. in fin.* remota Celsi objectione. Ratio diversitatis inter Depositum & Commodatum est, quod in hoc usus rei vertatur, qui potest esse penes unum in solidum, etsi alter non utatur; Depositarii re deposita non possunt uti. Quia vero in locatione similiter usus vertitur, independens unius Conductoris ab altero, idcirco & ibi tenet obligatio singulos in solidum, secundum *l. 13. C. Locati.* cujus hæc verba sunt; *Si divisa condictio fuit, & in singulis pro partibus facta, alieno nomine eos conveniri eos oportet.* Similitudo rationis, quæ est in Commodato, facit, ut a contrario sensu omnino colligendum sit, locatione non facta divisim & pro partibus, singulos utriusque nomine teneri, hoc est in solidum. Quibus ita constitutis, nihil ambigendum, quin verba, *communi periculo, in d. l. 21.* de

* Casus enim fortuitus a commodatario non præstatur, *l. C. Comm. §. 2. I. quib. mod. re contr. obl.* Ac, quamvis contrarium Jure Saxonico obtinere, *a. L. R. l. 3. art. 5. Gloss. L. R. l. 3. art. 10.* j. Specul. Svev. Jur. *cap. 24. §. 2.* existimet Schilt. *ad ff. Ex. 25. §. 18. seq.* Thomas. *Diss. de Usu culparum Practico. c. 2. §. 18.* plerique tamen Juris nostri & Communis consensum etiam hac ex parte tuentur, Carpzov. *P. 2. C. El. 26. def. 6.* Coler. *dec. 7. n. 16. seqq.*

conven-

conventione expressa sint accipienda, ut Busius *ad d. l. 5. §. ult.* & plerique omnes.

N. ADDIT.

Ut ingenuus & impartialis Lector eo melius de hac Autoris responsione judicare possit, apponendi sunt ipsi textus, de quibus agitur. Ita vero Ulpianus loquitur in d. l. 5. §. ult. Si duobus vehiculum commodatum sit, vel locatum simul, Celsus filius scripsit libro sexto digestorum, quæri posse, utrum unusquisque eorum in solidum, an pro parte teneatur? & ait, duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse, nec quemquam partis corporis dominum esse: sed totius corporis pro indiviso, pro parte dominium habere. Usum autem balnei quidem, vel porticus, vel campi uniuscujusque in solidum esse: neque enim minus me uti, quod & alius uteretur. Verum in vehiculo commodato, vel locato, pro parte quidem effectu me usum habere, quia non omnia loca vehiculi teneam: sed esse verius ait, & dolum & culpam, & diligentiam & custodiam, in totum me præstare debere, quare duo quodammodo rei habebuntur, &, si alter conventus præstiterit, liberabit alterum, & ambobus competit furti actio. *Contra Africanus* in l. 21. §. 1. eod. In exercitu contubernalibus vasa utenda communi periculo dedi, ac deinde servus meus subreptis his ad hostes profugit, & postea sine vasis receptus est; habiturum me commodati actionem cum contubernalibus, constat, pro cujusque parte. *Tertius locus, quo Autor hic tanquam medio conciliandi, uti vult, est Papiniani in* d. l. 9. pr. de duobus reis. Eandem rem apud duos pariter deposui, utriusque fidem in solidum secutus, vel eandem rem duobus similiter commodavi, fiunt duo rei promittendi: quia non tantum verbis stipulationis, sed & cæteris contractibus, veluti emptione venditione, locatione conductione, deposito commodato, testamento, ut puta si pluribus institutis testator dixit, Titius & Mævius Sempronio decem dato. *Jam videamus responsionem Autoris. I. Quæstionem, de qua agitur, ingentem usum habere, nil facit ad conciliandam antinomiam. II. In textu positionum Autor putavit, Wissenbachium secutus, Ulpianum loqui de speciali pacto. Ad quam responsionem regessimus in Scholio, de ea nullum vestigium apparere in textu Ulpiani. Sensit Autor vim responsionis, adeoque jam vult, Ulpianum loqui de natura obligationis simpliciter considerata in materia commodati, eumque in finem adducit textum Papiniani in d. l. 9. Sed hic regerimus III. Autorem sequi in recensendis verbis Papiniani editiones glossatas, quæ τὸ* simul commodavi *habent, cum Florentina, Haloandrina, & recentiores, rectius & cum contextu verborum convenientius, legant* similiter commodavi, *i. e. ut in præcedentibus verbis de deposito memoratum erat, adjecto pacto, utriusque fidem in solidum secutus. Igitur IV. tantum abest, ut Papinianus differentiam illam agnoscat inter depositum & commodatum, quam latius exponere hic allaborat Autor, ut potius illud* similiter *eam omnino rejiciat. Ita vero V. manet antinomia inter Africanum & Ulpianum. Nam etsi Autor dicat, his ita constitutis nihil ambigendum esse, quin verba in* d. l. 21. *Africani,* communi periculo, *de conventione expressa sint accipienda, tamen sublatis illis, ita constitutis de differentia inter commodatum & reliquos contractus, & sic ipsa responsione corruente, subest magna ratio ea de re ambigendi, ut etiam in Scholio jam fuit notatum.*

Moribus hodiernis, ex communi interpretatione *Nov. 99.* locum in eo casu habiturum esse beneficium divisionis, non est necesse monere; quo tamen non penitus tollitur usus hujus observationis, quia frequenter evenire constat, ut beneficium divisionis cesset; qua de re ad *tit. de fidejussoribus*, dictum est *in Parte I.* & inferius dicendum veniet. Adde Carpzov. *Jurispr. for. part. 2. Const. 26. def. 1.*

4. De actione Commodati notabimus, Rem quidem ante finitum usum repeti non posse juxta doctrinam *l. 17. §. 3. h. t.* *Quod primo est voluntatis, postea fit necessitatis:* Videri tamen exceptionem admittendam, nisi dominus inprovisō casu in eum statum veniat, ut sine ingenti incommodo re sua carere nequeat, *arg. l. 3. C. Locati.* Zœs. ad *h. tit. n. 20.*

TIT. VII.

De Pignor. actione.

De hac actione, tam directa, quæ est ad pignus repetendum, quam contraria, ad impensas, quod satis est ad paratitlarem tractatum, egimus supra in *Parte I. p. 291.* At de pignore variisque Specie-

ſpeciebus ejus, expectat nos locus utiliſſimus *in libro vigeſimo*, ad quem pro majori utilitate Auditorum cuncta referri, quam res connexas divellere, ſatius arbitramur.

LIB. XIV.

TIT. I.

De Exercitoria actione.

I. Continuatio. II. Cur ex alienis contractibus alius non teneatur. III. Qui ratione officii contraxerit, an is finito officio teneatur. IV. Adfirmans indiſtincte ſententia refellitur. V. Cujacii quoque diſtinctio inter officium privatum & publicum refellitur. VI. Probatur, non dari actionem poſt finitum officium de eo, quod ex officio geſtum. VII. Cautio & limitatio ejus ſententiæ. VIII. An & quatenus e delictis Exercitores teneantur. IX. Differentia quadam moris bonierni a jure civili.

POſt condictiones, quæ aliud nomen non habent, ut erant condictio certi, triticaria, & cæteræ, tranſit Imperator ad condictiones, quæ oriuntur e contractibus nominatis, primo realibus, quorum unum, ſcil. Mutuum, præmiſerat. Dein commodatum & pignus explicavit. Sequebatur Depoſitum; ſed prius agitur de acceſſoriis qualitatibus actionum. Ratio obſcura eſt hujus methodi, Pacius & Cujacius nullam ſciunt; Gothofredi nihilo melior, & rurſus huic quæſtioni obnoxia eſt, cur ita potiſſimum in Edicto perpetuo fuerit diſpoſitum. Videtur, quia pignoratitius eſt acceſſio contractuum aliorum, occaſionem ſumpſiſſe conditor Juris, de reliquis acceſſoriis actionibus agendi, quemadmodum ſæpe fit, ut proximorum titulorum magis, quam materiæ univerſæ, appareat connexio.

2. Ratio juris eſt, quod per alium nihil juris, ſive dominium ſive actio ſit, acquiratur, nec per alium alius obligetur, niſi parentes & ſi qui præterea ex facto ſuo, quaſi tacito conſenſu, vinculo obligationis implicentur, quod fundamentum eſt actionum, quæ hoc *lib. & ſequ.* traduntur. De ratione, quod alii per alium non acquiratur obligatio vel dominium, diximus *ſupra in Parte I. p. 160. & 303.* ubi & de exceptionibus.

3. Prima omnium, quæ datur ex alieno contractu, eſt Actio Exercitoria, cui fere per omnia ſimilis eſt Inſtitoria, de quibus intelleximus, quid ſint ipſæ; quid Exercitores, quid Magiſtri, & Inſtitores, e quorum contractibus adverſus Exercitorem navis, dominumque terreſtris negotiationis, actiones de rebus, quibus præpoſiti ſunt, dantur, ſupra *Part. I. p. 426. ſq.* Navis cujusmodi ſit, nihil refert, etiam fluviatiles huc pertinent, & ſchediæ, raptim factæ *naves l. 1. §. 6. h.* quomodo naviculæ ſtatariæ, quæ apud nos de oppido in oppidum viatores vehunt, ſæpe per miniſtros exercentur, ideoque recipiunt exercitores & magiſtros. Habuimus etiam pleraſque proprietates harum certis poſitionibus comprehenſas, inter quas hæc repeti meretur ob uſum frequentem Quæſtio, an magiſtri & inſtitores ſuo nomine finita quoque præpoſitione ſua teneantur iis, cum quibus contraxerunt.

4. Haud temere adfirmare videntur, qui ſubtilitati Juris inſiſtunt, ut dictum ſupra *Parte I. p. 426.* Pro adfirmante poſt Cujacium, Duarenum, Bachovium, aliosque, ſtat Wiſſenbachius noſter *ad h. tit. n. 19.* & profert *l. 7. §. 11. ad SC. Macedon.* unde ex eo, quod filiusfam. inſtitor juvatur exceptione Scti Macedoniani, infertur, eum, ſi ſui juris eſſet, recte conveniri. Verum præter quod hoc inde nequaquam ſequitur, nihil eſt in eo textu, quo conſtet, actionem poſt finitum filiifam. inſtitoris officium fuiſſe motam. Idem reſpondetur ad *l. 1. §. 17. de Exercit. act.* quam pariter objicit D. Wiſſenbachius. Multo minus efficitur illis textibus ad probandum, quod Magiſtri & Inſtitores finito officio teneantur, quam adverſa ſententia firmatur ex *l. ult. de Inſtit. Act.* Inſtitor poſt mortem Patroni, non teneri dicitur ex eo, quod ſcripſerat, alium *habere denarios mille penes menſam patroni ſui:* verum enim eſt, illis verbis non contineri obligationem: ſed tantum proteſtationem, ad fidem menſæ declarandam. Quanquam ſane argumentum in illis verbis eſt hujusmodi, quod ea, quæ aliquis ex officio facit, officio finito illum non tenent: etiamſi, qui ita nomine proprio ſcripſiſſet, ſine dubio fuiſſet obligatus; quia vero tanquam inſtitor ex officio ſcripſit, ideo non tenetur. Magis ad rem pertinet Ulpiani

ni responsum, ex *libro 2. Respons. Procurator, qui pro evictione prædiorum, quæ vendidit, fidem suam adstrinxit, etsi negotia agere desierit, obligationis tamen onere, Prætoris auxilio non levabitur. l. 67. de Procurat.* Sunt heic termini quæstionis nostræ; Obligatio contracta per procuratorem pro domino; finis officii procuratorii; duratio obligationis deinceps. Quod & ratione, quam posuimus *d. l. Part. I. pag. 426.* confirmatur, obligationis vim esse perpetuam, & personæ obligatæ quasi ossibus inhærentem, *§. 3. I. de V. O.* juncta *l. 3. in pr. de O. & A.*

5. Hæc adeo res Cujacium movit, ut in procuratore privato ita, non æque in Procuratore Reipublicæ, juris esse statueret, *l. 20. obs. 39.* idque ex *l. 3. §. pen. de Administr. rer. ad civit.* ubi Administrator, finito officio, teneri dicitur, *si novationem fecerit.* Unde liquet, absque novatione eum postea non teneri. Verba *l. 67.* Cujacius ait esse desumpta ex *libro 1. Respons.* Papiniani, unde etiam est *l. 3. §. 2.* secutus Haloandrum potius recentesque editiones, quam Florentinum ἀρχέτυπον, qui librum *1. resp.* præponit *l. 67.* suo arbitratu pro hac hypothesi: Verum sit ita, quod utraque Lex sit ex eodem libro; An ideo sequitur, esse oppositos sensus? dixerim potius, inde continuationem ejusdem sensus esse videri; modo id verba ferant. Atqui non habetur quidem in *l. 67.* novationem esse factam, ut in *l. 3.* nec opus erat, ut iisdem verbis, idem sensus brevi intervallo repeteretur. Sed hæc verba *Procurator fidem suam adstrinxit*; item, *pro domino vinculum obligationis suscepit*, quæ extant in *d. l. 67.* non suggerunt hunc sensum; Procurator qua talis, & officii ratione contraxit; sed hunc potius: Non modo ex mandato egit pro domino, sed fidem quoque suam pro domino specialiter interposuit; quæ si novatio non sit, quod ad hunc effectum necesse non est, vim tamen eandem, quod ipse nomine proprio teneatur actione directa, cum dominus utiliter tantum teneatur, continet.

6. Hæc igitur sit vera juris sententia; Qui egit, contraxit, obligavit se, ut Magister, ut Institor, ut Procurator, etiam qua talis conveniendus est, & cum desiit esse talis, non potest conveniri; nec enim aliud inter partes contrahentes actum videtur, juxta vulgatum illud; Actus agentium non operari ultra eorum intentionem, *ex l. 19. & l. 20. D. Si cert. pet.* Utilitas civilis hanc interpretationem valde commendat; ne homines a suscipiendis rerum alienarum administrationibus deterreantur, & ne officium cuiquam sit damnosum, ultra quam æquitas & partium intentio ferre videatur. Ideoque in Foro nostro rectissime viget hæc sententia, ut heredes procuratorum & institorum ne teneantur, apud Sandium *d. lib. 3. tit. 7. def. 1.* nec ipsi Procuratores & Institores, de suo, nec adeo postquam id officium deposuerunt, ut deinceps non semel judicatum memini.

7. Quando etiam Procurator & Administrator se ipsos obligant, oportet id expressis verbis dispositive faciant, non per modum clausulæ vulgaris, ut plerumque fit, hoc modo; *In fidem prædictorum me meaque bona obligo:* Nam si in ipso tractatu non aliter quam ut Procuratores egerint & locuti sint, vix est, ut illa clausula majorem vim habeat, quam relativam ad prædicta, quod tanquam procurator sit obligatus, & hactenus sua bona subjecerit hypothecæ; proinde si Administrator esse desierit, ipse, vel heredes ejus non tenebuntur. His convenienter accipiendum, quod electio nobis esse dicitur, utrum exercitorem, an magistrum convenire velimus, in *l. 1. §. 17. h. t.* Scio tamen, Curatorem fuisse condemnatum, ad solvendam de suo pecuniam, sibi ut Curatori creditam, post finem Curæ, vi clausulæ talis: *Sub obligatione mea propriæ personæ & bonorum, juxta personam & bona minoris mei*; verum antequam rationes ejus essent comprobatæ, *in causa Petronellæ de Velsen* contra *O. B. V. M. ante ferias O. S. 1681.* qua de re plenius *tit. Quand. ex fact. Tut. & Cur.*

8. Ex definitione hujus actionis, & ex *§. 2. Inst. Quod cum eo, qui al. pot.* satis constat e contractibus hanc actionem dari, non ex delictis, veluti ex piratica, ut Grotius observat *l. 3. c. 1. n. 5.* & a Curia Hollandica judicatum, testatur Grœnewegius ad d. Grotii *locum.* Quid igitur est, quod in *l. 1. §. 2. h. t.* scriptum est: Ex delicto cujusvis eorum, qui in nave sunt, datur actio in Exercitorem? Intelligendum hoc de ejusmodi delictis, quæ per causam navis navigandæ, hoc est, in officio quod est intra navem, committuntur; idque non proprie ex hac actione, sed ex Edicto Prætoris, quod habuimus *de Nautis, Cauponibus, Stabulariis.* Unde etiam hæc disparitas, quod cum e contractibus Magistrorum plures Exercitores in solidum teneantur, ut alias dictum ex *l. 1. §. ult. h. t.* de delictis eorum, qui in nave sunt, quilibet exercitor pro parte sua duntaxat teneatur, *l. ult. §. pen. D. Naut. caup. Stab.*

9. Exercitores porro, ut eos descripsimus, esse

se distinctos a Mercatoribus, quorum merces in navibus continentur, æque manifestum est, adeo ut hi Exercitores, sicut alii contrahentes, habeant obligatos. Exercitores vocantur *Reeders*, Mercatores isti, *Bevrachters*. Et tamen de his mercatoribus receptum est usu negotiantium populorum, ut per ipsos quoque magistros obligari queant, si peregre agentes ex causa necessitatis, vera, vel speciosa, res aliquas illorum vendant, ut Grotius probat *lib. 20. cap. 5. §. Een Schipper. & lib. 3. c. 1. n.* 47. idque ex necessitate potius, quam ex aliquo voluntatis principio. Ex quasi-Contractu, diceret Thomasius noster; ego hoc inter singularia juris hodierni retulerim; juxta illud, quod Exercitores hodie non modo singuli in solidum non teneantur, sed quisque pro parte sua duntaxat; Verum etiam, quod ultra quam habent in illa nave, non teneantur; quæ res invitandis ad navium exercitionem hominibus reperta, tam utilitatis, quam æquitatis ratione, præfertur a Grotio juri Romano, *l. 2. de J. B. & P. c. 11. n. 13.* Romani tamen æquitatem præferunt hanc, quod non sit æquum, in plures adversarios exercitores eum distringi, qui cum uno magistro contraxerit, *l. 2. h. t.* Atqui Grotius, *naturalis æquitas satis habet, si pro suis singuli partibus conveniantur*. Bene, quando cum pluribus contractum est: hoc etiam Romani sequuntur, quando plures per se navem exercentes contraxerunt, *l. 4. in pr. h.* quando plures unitatem fecerunt, æquitatis illa ratio cessat. Utilitas publica, mercantiumque favor potius, quam æquitatis simplicitas, hanc Juris & Usus discrepantiam introduxit.

9. Quæ ad hunc locum præterea pertinent, ex parte priore petenda; quædam adhuc *ad tit. de Inst. act.* per occasionem differentiarum, quæ inter illam & Exercitoriam observatæ sunt, occurrent.

Tit. II.

Ad L. Rhodiam de Jactu.

I. Continuatio, & de lege Rhodia. Partitio tituli. II. Qualis esse debeat jactus, & quid in eo servandum. III. Cum jactu comparantur alia damna pro communi utilitate facta, non casus mere fortuiti, quos inter an direptio piratarum. IV. Nave pereunte regulariter non fieri contributionem ab his, qui res suas servarunt. V. Quæ res in collatione computentur. VI. Modus ineundæ æstimationis. VII. Actio, quæ detur ad hunc effectum. VIII. Quando cesset. IX. De dominio rerum jactarum. X. Ad L. Ἀξίωσις Commentarius.

Superiore titulo fuit actum de negotio, quod magister navis cum aliis hominibus contraxerit, super iis rebus, quibus ille magister fuit præpositus ab Exercitore, qui ex suæ facto præpositionis tenetur: Sed in navigando fieri potest, ut res incidant, quæ nihil ad præpositionem ab Exercitore factam pertinent, verum ad vectores, aut dominos mercium inter sese, aut cum magistro solo, spectant; inter quæ luctuosus eminet casus, si ad evitandum naufragii periculum jactus mercium fit factus; qua de re agitur in *h. tit.* secundum Legem Rhodiam; qua Romani hac parte propter æquitatem ejus, & receptam navigantium observationem, usi sunt, quæ nec potuit, nec meruit ab illis rerum potitis aboleri, nisi in certis articulis, de quibus nominatim legibus deinceps cautum est, ut Antoninus Imper. rescribit in *l. 9. h. t.* Nomen Legis Rhodiæ non simpliciter fuit *De Jactu*, sed *de re nautica*. Νόμος Ῥοδίων ναυτικὸς inscribitur, ut extat in jure Græco-Romano *tom. sec. in fin.* atque ita citatur ab Antonino *in l. 9. h. t.* De Jactu, περὶ ἐκβολῆς, præcipuum in ea lege caput fuit, idque solum in *hoc titulo* tractatur; Ponenda sunt hac de re verba Pauli in *l. 1. h. t.* Lege *Rhodia cavetur, ut, si levandæ navis gratia jactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur, quod pro omnibus datum est.* Vulgo Avaria vocatur, aliter *Haverie*, quoniam in portu *Haven*, Havre, fieri solet contributio. Duæ sunt hujus Legis partes. Prima collocat factum, de cujus merito agitur, quod est *jactus mercium, levandæ navis gratia* pro omnibus factus. Secunda, jus super illo facto, *ut omnium contributione damnum sarciatur*. Videamus singulas partes.

2. Jactus debet esse factus navis levandæ causa, laborantis naufragii periculo, *l. 2. in pr. & l. 5. h.* quod de mercibus quibusvis, etiam arbore cæsa, intelligendum, *l. 5. h.* Præcipit autem Lex Rhodia, ut Primo *vectores, quibus in nave sunt merces, interrogentur*, ἐπηρωτάτω τὺς ἐπιβάσας ὅις χρήματά ἐςιν ἐν τῷ πλοίῳ, inquit. Quid si illi consentire nolint? Magister tamen ex consilio majoris partis nauta-

nautarum, faciet jactum, juramentis deinde, quod necessitas ita flagitaverit, confirmando. In ipso jactu opera dabitur; ut res maximi ponderis, minimi valoris, ejiciantur; in quem finem, qui res pretiosas cistis aut involucris habet inclusas, id profiteri debet; alioqui in contributione facienda tantum æstimabuntur, quanti extrinsecus apparent; etsi credibile est, in repentinis ejectionibus urgentes nautas& tumultuantes, illam exactitudinem haud perinde ubique servare, quemadmodum Italus ille suo incommodo expertus est, apud Erasmum *in Naufragio*. Sic Jura maritima nostratia, apud Grotium *l. 3. c. 29. n. 12. & seq.* & Grœnewegius *in notis ibidem*.

3. Quicquid denique communis salutis causa damni vectores, vel ipsi nautæ passi sunt, id in contributionem venit, ut si arbor, aut aliud navis instrumentum, removendi communis periculi causa dejectum, *l. 3.* vel navis a piratis redempta sit, lytrum communiter restituendum, *l. 2. §. 3.* Quod vero prædones ultra abstulerint, placuit eum perdere, cujus fuerit, sicut nec ei, qui suas merces seorsim redemit, conferendum est, *d. §. 3.* Posterius quidem indubie; sed in lege Rhodia secus reperio de his, quæ Piratæ promiscue abstulerunt; Id enim conferendum est, ut Lex eadem dictat his verbis: Κατὰ τῦτο δὲ καὶ ἐὰν χρήματα ἀφαρπαγῇ ἢ ὑπὸ πολεμίων ἢ λῃστῶν ἢ πειρατῶν, σὺν τῷ κοινῇ διαφέροντι τοῖς ναύταις, καὶ ταῦτα εἰς τὸν σύμψηφισμὸν ἐρχέσθω καὶ κατὰ τὸ αὐτὸ συμβαλλέσθω. id est; *Secundum hæc, si quæ merces direptæ sint ab hostibus, latronibus, aut piratis, una cum rebus ad nautas communiter spectantibus, hæc quoque veniant in computationem atque in unum contribuantur:* Sane si quis navigandi vel navis defendendæ causa, vulneratur, mutilatur, aut moritur, damnum & id quod interest, cum impensis sepulturæ, venire in contributionem, placuit nostratibus; ut testes sunt Grotius & Grœnewegius ex Edictis Ordd. & Weitsenio *de Avariis*. De rapinis, magis est ut Jus civile sequamur, easque pro Avariis non habeamus, ut Grœnewegius ex eodem Weitsenio testatur, ad *d. l. 2. §. 3.* dissentiente licet Autumno *ibidem;* Limitationes aliquot rarioris usus, suggerente Peckio *ad hunc l.* & Vinnio *in notis ibidem*. Jus civile secutus est Senatus Parisiorum, ut testis est Mornacius *ad hunc locum*. Ratio differentiæ est, quia vulnus & læsio pro tuitione navis, in rem communem fiunt; direptio rerum, nihil est quam infortunium, quod nemo pro alio ferre tenetur. Sicut is, cujus merces aspergine aquæ aliove casu deteriores factæ sunt, nihil imputat, sed ipse pro illis in jactum conferre debet, *l. 4. §. 2. h. t.* Idem est, si navis adversa tempestate, fulminis ictu arborem aut armamenta amiserit, nihil confertur: nisi factum aliquod pro salute communi deinceps accesserit, ut si arbor a funibus pendens navem quatiat funesque præcisi fuerint, datur contributio, ut Grœnewegius ad Grotium *d. cap. 29. n. 20.* & Weitsen. *de Avar. pag. 21. 22.*

Cæterum, non est de nihilo, quod Doctores hujus Legis argumento, monent, quicquid in Republ pro salute communi singulis damni datum est, id a communitate proportione Rhodiensi esse restituendum, cujusmodi plures species responsis & præjudiciis firmatas, habet D. Beckman. *ad h. t. n. 70. & seqq.*

4. Amissa nave, nulla fit contributio, tametsi quorundam merces servatæ, vel per urinatores extractæ sint, nil enim tunc in communem gratiam factum, *l. 5. h. t.* verum si scapha, *een lichter*, in quam merces quædam levandæ navis causa conjectæ sunt, perierit, salva nave majore, locum habet collatio; quæ non habet, si navis pereat, scapha cum mercibus ea contentis salva, *l. 4. in pr. h. t.* Quid si ista in scapham exoneratio facta sit cum fructu, & deinceps alio in loco navis perierit, nonne jam fiet contributio? Sane, si jactus in mare sit factus depellendi communis periculi causa, navisque deinde alio in loco perierit, tum qui merces e naufragio servarunt, contribuere debent pro jactu antea ob communem utilitatem facto, *d. l. 4. §. 1.* hoc est jus mercium, quæ perierunt pro salute communi, quod jus interitu navis postmodum eveniente, non potest ab illis auferri. Ergo quæ servatæ sunt communis utilitatis causa, debent idem jus pati? Non valet consequentia; nam quæ merces in scapham conjectæ sunt, non ideo sunt jactæ ut ipsæ manerent salvæ, verum ut navis salva maneret. Ergo in scapham conjectæ nil debent reliquorum consilio, sed fortunæ, hoc est divinæ bonitati. Weitf. *Sect. Nu is de questie contrarie.*

5. Hactenus de facto subjectæ quæstionis, de qua prædicatur, quod damnum pro omnibus datum, omnium contributione sit sarciendum, qua parte videndum, primo quæ res in collationem veniant, dein quomodo fiat computatio. De primo articulo habemus regulam, conferuntur

 omnia

omnia, quæ sunt in nave, quæ domini interfuit servari, *l. 2. §. 2.* videlicet etiam pro ipsa nave, at in corporibus liberis non vertitur id quod interest, quoniam hoc habet rationem pecuniariam, quam liber homo non recipit, *d. §. 2.* Quæ consumendi causa in nave sunt, etiam non conferuntur, ut cibaria, vel ideo, quia in casu necessitatis ea fiunt communia, *d. §. 2.* In vestimentis & annulis vertitur etiam ratio ejus quod interest, *d. §. 2.* quod tamen moribus hodiernis non placuit; exceptis gemmis & pretiosis ornamentis, Grot. *d. cap. 29. n. 18. & 19.* Pro talibus igitur fit etiam contributio, quamvis ad onerandam navem nihil contulerint, quia dominorum æque, respectu talium rerum interest navem esse salvam ac aliarum ponderosarum, *d. §. 2.*

6. In modo æstimationis ineundæ, distinguitur inter res, quæ perierunt, quæque servatæ sunt. Illarum pretia spectantur, quatenus emptæ sunt, etsi jam pluris vendi possent, quia non lucri, sed detrimenti ratio habetur; Verum quæ supersunt, æstimantur quanti venire possunt, *d. l. 2. §. 4.* Moribus hodiernis, simplex ratio recepta est, ut tam quæ periere, quam quæ servatæ sunt, eo pretio quo vendi possunt illic, ubi destinatæ erant, æstimentur, ut Grotius *d. cap. 29. n. 15.* De pecuniæ æstimatione non est laborandum; tenent tamen, internum ejus valorem esse spectandum, ut Grotius *ibidem n. 17.* & quia sicut nunc in Europa res sunt, ingens sæpe discrimen est inter valorem, quo species nummorum suo loco, & alio expendi possunt, ratio loci, quo nummi destinabantur, habenda videtur, secundum quod de aliis rebus est dictum. Nostratibus Edictis datur optio mercatoribus, utrum velint æstimari navem, an universam mercedem pro transvectione mercium promissam, teste Grotio, *præd. cap. 29. n. 16.* Omnibus rebus ita in unum æstimationis cumulum redactis, tam quæ periere, quam quæ servatæ sunt, inquam, ponitur calculus, quantum perierit, & quantum supersit, quantumque de singulis florenis jacturæ ferendum sit, arbitrio peritorum bonorumque virorum, *d. cap. 29. n. 16.* ita ut si quis e mercatoribus casu non solvendo factus sit, hoc non magistri, qui primus tenetur, sed commune damnum habeatur, *l. 4. §. 6.* quem locum Struvius accipit, *n. 27. b.* de naulo, quod vectorum aliquis solvere non possit, quasi hoc reliqui vectores dare cogerentur; plane contra jus locationis conductionis, & notissimam, ut existimo, praxin.

7. Ut hæc contributio ad effectum deducatur, Magister Navis retinere potest, & debet, merces quæ supersunt, donec Collatio facta fuerit, nam vectores & mercatores ipsi cum inter se nihil egerint, non habent actionem adversus se invicem: Verum hi, quorum interest, agere possunt locati, si merces locaverint transvehendas; vel conducti, si navem aversione conduxerint, ad quid? ut magister sive nauclerus, merces reliquorum servatas tantisper retineat, donec contributio re ipsa perpetrata sit, quam & actione locati ipse ab illis petere potest, *l. 2. in pr. h. t.* quæ in hac specie præbet similitudinem Arresti, in actione, quæ tendit ad detentionem rerum. Quid autem si magister forte colludens cum reliquis cunctetur, an hi, quorum merces sunt ejectæ, non possunt adversus reliquos agere immediate? Æquissimum est, posse, nec adeo dubitem, quin Condictio incerti, aut ex Lege, lege Rhodia dari possit. In foro non admodum de nomine laborabimus, nec de re ipsa dubitabitur, quin actio de re tam signate Legibus stabilita competat: nihil opus esse nomine, quod exprimatur, satis constat.

8. Cæterum si jactus naufragii vitandi causa factus quidem sit, omniaque requisita contributionis adsint, mercatores autem, quorum merces sunt salvæ, probare queant jactus necessitatem navicularii culpa evenisse, qui navem male muniverit, aut enormiter oneraverit, aliove modo auctor mali extiterit, manifestum est, nauclerum non habiturum esse actionem, nec adeo contributioni locum esse futurum, sed magistrum & exercitorem ad damnum resarciendum fore obligatos, ut monet Grotius *d. c. 29. n. 20.*

9. Hæc ita de jactu & jactura; Merces interim ipsæ manent eorum, a quibus ejectæ sunt, quia pro derelictis habitæ non sunt, hoc est, quia non habent ejicientes mentem, quod merces illas amplius in dominio rerum suarum esse nolint, verum ut vitæ suæ consulant, ideoque dominium retinent, quamdiu sunt ejus animi, ut, *si res ejectas invenerint, eas auferre velint*, *l. 1. §. ult. & l. 8. h. t.* qua de re diximus *in Parte I. pag. 100. n. 27. & sequ.* ubi contra Grotium, qui amitti vult dominium, quando recuperandi spes abjicitur, & desiit quæri. Cujus sententia ex juris Romani ratione, per *d. l. 8. & l. 44. de A. R. D.* refellitur, *loco citato.* Jure Gentium, vel more juris hodierno, magis esse videtur, ut Grotii sententia prævaleat. Hoc omni modo concedendum, si longum aut longissimum tempus sit elapsum, ex quo res

res ejectæ vel naufragæ in profundo delituerunt, eas tunc inventorum fieri: quo jure nuper Angli naufragium Hispanicum vetustissimæ desperationis, stupenda urinandi solertia, suum fecerunt, inexpectatissimo ditescendi exemplo. Cæterum, qui res naufragas deprædati sunt, eos jubebat Lex Rhodia *βασανίζεσθαι καὶ τὴν προσγενομένην ζημίαν ἀπολογεῖσθαι κατὰ τὸ διπλάσιον, tormentis subjici & duplo multari.* Hac de re locus erit ad *tit. de A. R. D.*

AD LEGEM ΑΞΙΩΣΙΣ.

10. Placet ad L. Ἀξίωσις. IX. *h. t.* notabilem magis quam intricatam, breves collocare notas. Ἀξίωσις Εὐδαίμονος Νικομηδέως, Supplicatio, sive libellus supplex, potiusquam Deprecatio, ut vulgo, Eudæmonis Nicomediensis.

Πρὸς Ἀντωνῖνον βασιλέα. *Ad Antoninum Imperatorem.* Pium, an Marcum, non facile dixerim. Utriusque enim tempore floruit Mæcianus; e cujus libro est hoc excerptum, teste Capitolino in vita Pii, juncta *l. Divi. de jure Patron. l. 27. de liber. caus.* magis tamen est, ut sit Pius, uti mox videbimus. Græcos vocare Cæsares Βασιλεῖς, Reges, satis constat; unde paulatim in Latinum fluxit sermonem, non quidem ut Impp. ipsi Reges vocarentur, sed res ad eos pertinentes hoc nomen participarent, ut Adoptio *Regia*, Capitolin. in *Hadr.* Lex *Regia*, & id genus alia.

Κύριε βασιλεῦ Ἀντωνῖνε. *Domine Rex Antonine.* Tonitrua verborum hæc fuissent in auribus Augusti, qui Domini & Dictatoris, nedum Regis nomen, nudo pectore deprecatus est a populo, *teste* Suetonio. Sed adsuetudine serviendi, primo a Græcis, dein haud dissimilia a Romanis admittere didicerunt.

Ναυφράγιον ποιήσαντες. *Naufragio facto.* Dominantis linguæ Romanæ usus Græcis etiam obrepsit, ut sermonem suum corrumperent; etsi nihil prius erat quam ναυάγιον ποιήσαντες. Nolim tamen emendare textum, ut pro ναυφράγιον, legatur ναυάγιον, ut Vinnius ad Peckium & *hanc L. 9.* Tu vero nota, quam sine præfatione, λακωνικῶς & simpliciter, incedat stylus libelli supplicis, Imperatori orbis terrarum oblati, quem hodie Regulus aliquis panaceus ægre ita simpliciter admitteret.

Ἐν τῇ Ἰταλίᾳ. *In Italia.* Interfui olim collegio Pandectarum, quo Vir Celebris explicans hanc Legem, nulla crisi admissa, cum moveretur ab auditoribus, quo modo in Italia, ubi nullum mare, naufragium esset factum, monstrabat aliquot lacus & flumina, quæ videlicet naufragio faciendo sufficerent. Probabilius adhuc paulo, quam D. Beckmannus ad *h. tit. n. 57.* nihilo magis admittens criticam manum, qui naufragium *in Italia*, intelligit in Mari Italiæ subjecto, sive Imperatori Italiæ domino, quale fuerit etiam mare Cycladum. Bona verba! Non, si valde criticos esse non expedit, Jurispr. ad ἀκρισίαν deflectere oporteat. mox ea de re. Διηρπάγημεν ὑπὸ τῶν δημοσίων. *Direpti sumus a Publicanis.* δημόσιοι *ministri publici*, publicani; alii pro δημοσίων, τῶν δημοσιωνῶν. Hinc veteres notarunt, naufragorum bona Lege Rhodia pertinuisse ad fiscum, & hujus nomine ad Publicanos; quod merito displicet Vinnio in *d. loco:* nec enim probabile, Rhodios, apud quos mercatura vigebat, & quorum intererat, mercatores humanissime tractari, tam acerbæ sanctionis auctores se tulisse. Sed neque locus hic ei sententiæ favet, nam si id ita Lex tulisset, non ausus fuisset Eudæmon dicere, διηρπάγημεν, *direpti sumus*, si jure fisci, hoc est, nomine Principis, vi Legis id institutum fuisset. Vinnius igitur, *Credibile est*, inquit, *Publicanos bona naufragorum, quorum Dominus intra certum tempus, Lege præfixum, non apparebat, sibi ceu fisco vindicasse: cæterum ea adservare solitos, proque ea custodia jus habuisse partem eorum bonorum, dominis ea tempestive repetentibus, retinendi, tantum nimirum, quantum Lege Rhodia definitum erat.* Heic conjecturæ; nihil enim auctoritatis profertur; obstat triplex ratio. Prima, Publicani vectigalia conduxerant, atque in hisce jus fisci habebant, naufragia nihil ad conductionis causam; ut hodieque res illæ sunt distinctissimæ. II. Si publicani habuissent jus bona naufraga retinendi, non fuisset direptio appellata ab Eudæmone. III. Quod Publicani non habuerint tale jus, indicat *l. ult. de Incend. ruin. naufr. Unicuique naufragium suum licet impune colligere*, idque *Imperator Antoninus cum Divo Patre Suo rescripsit*, ait Ulpianus; non quasi ex novo jure, quod per Rescriptum novum fuisset introductum, sed convenienter veteri æquissimo juri. Etsi recentius esse Rescriptum illud in *d. l. ult.* quam hoc Responsum Eudæmoni datum, facile concedimus: secus ac putat D. Wissenb. in *fin. th. 17. ad h. t.* putans eundem Antoninum utriusque Rescripti auctorem esse;

 in

in quo fallitur; Antoninus, qui in *d. l. ult.* nominatur, est Antoninus Caracalla, quia cum Patre dicitur rescripsisse, qui fuit Septimius Severus; Præter quem nemo Antoninus cum Patre imperavit; cui accedit, quod Mæcianus, auctor L. IX. sub Antonino Pio & Marco Antonino floruit, ut dictum, non sub Caracalla, plus 30. annis juniore: Quin propius est, ut Pius, 50. annis major, Eudæmoni responderit. Nam quia Mæcianus sub hoc floruit, & Marcum docuit; hic autem primos novem annos cum Vero imperavit, non est credibile, post mortem Veri Mæcianum scripsisse: & antea nullus fuit Antoninus solus, qualis hic est in nostra L. IX. Si conjecturis locus, proximum videtur, Publicanos, cum Eudæmon naufragii reliquias collegisset atque in unum locum convexisset, prætextu vectigalis non soluti, aut professionis non factæ, contendisse, merces in commissum cecidisse, quæ propterea ad ipsos pertinerent, eaque illos *diripuisse*, id est violenter invasisse, quomodo apud *Suetonium* Cæsar Julius in Prætura dicitur *Vectii* supellectilem *diripuisse;* quatenus officio magistratus violenter usus fuerat, ut est audacia & impudentia publicanorum, *l. 2. de Publican.*

Τῶν τὰς Κυκλάδας νήσους οἰκοῦντων. *Qui habitant in Cycladibus insulis.* Dum Viro isti Claro Juris Antecessori, de quo *superius*, objiceretur, quomodo Publicani Cyclades insulas habitantes, naufragos in Italia diripere potuissent, idque in officio, duobus maribus & universa Græcia interjectis, regerebat ille; Nescitis, quam sagaces, quam sit proximum diabolo id hominum ubique volitantium genus? Sed tu noli dubitare, quin verissima sit emendatio Grotii, *in florum sparsione*, pro ἐν τῇ Ἰταλίᾳ, *in Italia*, ἐν τῇ Ἰκαρίᾳ, *in Icaria*, scilicet thalassa, seu mari, quod est juxta Cycladas insulas, & noti nominis, ab Icaro Dædali:

Icarus Icariis nomina fecit aquis.

Plinius; *Mox, cum e militia rediens in Icaria insula ventis detinerer, Latinos elegos in illud ipsum mare ipsamque insulam feci. lib. 7. epist. 4.*

Ἀντωνῖνος εἶπεν Εὐδαίμονι, *Antoninus respondit Eudæmoni.* Fuit totus Eudæmonis libellus sine petitione certa, cujusmodi libellus hodie supplicanti sine responso redderetur, nec quicquam valeret. Sed erat hæc ejusmodi narratio, quæ conclusionem tacite, quin satis expresse contineret; Quis enim non intelligeret, hoc velle supplicantem; Rogo, ut jubeantur mihi res meas restituere, meque indemnem præstare? Ἐγὼ μὲν τοῦ κόσμου κύριος. *Ego quidem mundi dominus.* Satis magnifice! pro modestia optimi Principis Antonini; nescio an ulli præcedentium Imperatorum adeo tumida vox, & a veteri disciplina Romani Imperii abhorrens exciderit. Nihil quidem usitatius est, quam ut Imperium Romanum, orbis terrarum, & Princeps hyperbolice *Rector orbis terrarum, generis humani, appelletur*, sed ideo non est decorum, ipsos ita loqui. Sapit hoc insolentiæ aliquid exoticæ. Haud absimile fuit complementum, quod titulis suis Hispaniæ Rex subjicere solebat, *Dominator in Asia & in Africa;* cujus tandem & illos cepit satietas: nondum Galliæ Regem sui minus barbarici, *Car tel est nostre plaisir*, de quo tamen vide, quod notavimus ad *tit. de Arrestis, pag. 600.*

Quanquam autem vulgaria mirari non solemus, nec quicquam vulgarius est, quam, quod horum occasione verborum disputatur, an hodieque Cæsar Imperator totius mundi sit dominus, non possumus tamen quin miremur accidisse, ut Interpretes super interpretatione horum verborum, *quæstionem deduxerint in centum opinionum myriadas*, ut loquitur Peckius ad hanc *L. 9.* nec minus, quod ipse earum numerum augere voluerit, sententia tanto viro indigna, nec ullius cedente absurditati. *Ego sane*, inquit, *in eorum sententiam transeo, qui Imperatorem respectu universalis regiminis, de jure, mundi dominum esse declarent, & quamvis alia ad particulares Principes pertineant, universitas tamen de jure ad Augustum solum. Igitur etsi diversa regna diversi Reges obtineant, & tamen omnes, nisi speciali privilegio exempti reperiantur, Imperatori non secus subesse, quam Pontifici Cardinales, cæterique Ecclesiastici ordines videntur.* Nihil est simplicius & certius, quam Antoninum se mundi dominum vocasse, primo per hyperbolen, partis insignioris, non maximæ, pro toto, quia satis constat, Romanos nunquam partem mundi tum cogniti tertiam, (ne longe minorem dicam,) habuisse sub imperio. *Præterea;* locutum esse Antoninum de jure suo præsenti, non de eo, quod plura post secula futurum esset, & tempore Baldi vel Peckii fuit. Quid enim insanius, quam Imperium Romanum habere nunc idem jus, quod fuit tempore Augusti, possit excogitari, non animadverto. Certe non est absurdius statuere, quod Reges Romani æque domini mundi fuerint, ac

ac Imperatores deinde fuerunt. Nam ſi jus ſuum Imperatores jure belli amittere non potuerunt, nulla ratio fuit id primum acquirendi; adeoque tam ſemper id eos habuiſſe oportet, quam deinceps ſuum jus amittere non potuiſſe credantur.

Ὁ δὲ νόμος τῆς Θαλάσσης. *Lex autem maris.* Laboratur hac connexione; *Ego ſum mundi Dominus, Lex autem maris.* Senſus idoneus variis emendationibus quæritur, quas videre licet apud Vinnium *loco citato*, & Wiſſenbachium *th. 12. & 13. h. t.* Alii conantur explicare verba, ut habentur; Et quidem Alciatus Wiſſenbachio laudatus *th. 14. h. t.* univerſi textus & ſenſus rationem ſatis perſpicuam exponit: hunc vero peculiarem contextum; *ego ſum mundi dominus, Lex autem maris*, non inducit apposite. Plerique emendant, Struvius *in fin. h. t.* laudat Michaelem de Luna, qui ſic acceperit; *Ego ſum mundi dominus, & idem ego ſum lex maris.* Obſtat, ni fallor, græciſmus, ἐγὼ μὲν τοῦ κόσμου κύριος, ὁ δὲ νόμος τῆς Θαλάσσης. Hæ particulæ, ὁ δὲ, novam perſonam inferunt, non patiuntur ejusdem perſonæ continuationem, ſi quid judico: præter quod durius hoc eſt, *ego ſum lex maris.* Neque tum bene cohærent hæc, *Ego ſum lex maris*, judicetur Lege Rhodia; Cur Lege Rhodia? quia ego ſum lex maris? eſt omnino hæc abrupta ratio. ὁ δὲ νόμος τῆς Θαλάσσης. Igitur adde ſis, τῶν Ῥοδίων. hoc ſenſu; *Equidem ſum mundi dominus, ſed Lex maris, eſt Lex Rhodia.* Nihil tamen addere velim textui; Levis transpoſitio ſufficit, hoc modo; Ἐγὼ μὲν τοῦ κόσμου κύριος, ὁ δὲ νόμος τῆς Θαλάσσης, τῶν Ῥοδίων. τῷ νόμῳ κρινέσθω τῷ ναυτικῷ &c. Id eſt, *Ego quidem mundi ſum dominus, Lex autem maris, eſt Rhodiorum; Judicetur Lege nautica.* Alias ita loquitur; Ἐγὼ μὲν τοῦ κόσμου κύριος, ὁ δὲ νόμος τῆς Θαλάσσης. Τῷ νόμῳ τῶν Ῥοδίων κρινέσθω τῷ ναυτικῷ. Apparet, nulla opus eſſe litera mutata, modo τῶν Ῥοδίων ponatur ante τῷ νόμῳ: Nec opus eſt poni bis τῶν Ῥοδίων, quia Lex Rhodia per excellentiam nautica dicta eſt. Reliqua dicta Legis Ἀξίωσις, in quibus nihil eſt obſervationis noſtræ particularis, heic omittuntur.

TIT. III.

De Inſtitoria Actione.

I. Continuatio, & quid Inſtitor. II. Quid differat a Procuratore negotiationis. III. Differentiæ inter Exercitoriam & Inſtitoriam duæ. IV. Tertia, in ſolidum detur, an ſecus, actio in Exercitorem. V. Quarta differentia, circa ſubſtitutum. VI. Poſtrema circa Mutuum.

HIc titulus in *Parte I. p. 426.* conjunctim cum Exercitoria actione tractatus eſt, quia proprietates utriusque iisdem ferme regulis conſtant: Quatenus tamen ſubjecta materia, nonnullis etiam effectis diſcrepant, locum hunc *Inſtitoria* ſeorſim accepit. Definitio eſt in *Parte I. p. 426. n. 4.* & datur iis, *qui cum inſtitore contraxerunt de rebus negotiationis terreſtris, quibus eſt præpoſitus, adverſus dominum negotiationis.* Inſtitor ab inſtando dictus, non modo is eſt, qui tabernæ, ſicut exercitor navi, præponitur, *l. 3. h.* qui tabernarius vocatur in *l. 4. §. 7.* ſed cuicunque alii negotiationi: qualis eſt inſularius, qui ædificio præpoſitus eſt, veſtiarius, lintearius, qui veſtem, qui linteum pro aliis circumferunt, vulgo circitores, *l. 5. §. 4.* Erant etiam, qui præpoſitos fabris & fullonibus habebant, *§. 6.* qualis fullo & faber Ciceronis, nec non Demoſthenis pater, fuiſſe traditur, apud Plutarch. *in vit.* qui & Craſſum ejusmodi fabros inſtitores habuiſſe, refert in *illius vita.* Quin & fartores, piſtores, & aurigæ inſtitores erant, qui per alios illas artes exercebant, denique & libitinarii ſive ſepultores, *§. 5. 6. 8. 9. d. l. 5.* Proinde & Agriculturæ præpoſiti tales erunt, quos noſtri vulgo *Tetmeyers* appellant.

2. Cum autem æque poſſint eſſe liberi homines quam ſervi, *l. 1. h. l. 1. §. 4. de Exercit. act.* quæro, qualis contractus ſit inter inſtitorem & præponentem; Mandati actionem, aut Negotiorum geſtorum dari, auctor eſt Ulpianus in *l. 1. h. t.* Atqui ſi mandatum interveniat, Inſtitor erit Procurator, *l. 1, in pr. de Procur.* Quid eſt igitur, quod procurator & Inſtitor opponuntur, diverſis etiam effectis, ut de eo, quod procurator egit, mandans tertio non teneatur, quod ut Inſtitor egit, de eo plane teneatur, *l. 4. §. 10. h. t.?* Dicendum videtur, Procuratorem quidem ſemper conſtitui Mandato; non omnes tamen, qui mandatum accipiunt, dici Procuratores: Qui mandat alii pecuniam credi, fidejuſſoris inſtar habet, *tit.*

de

de Fidejussor. Mandator. At creditorem illum, qui mandator est, vocari Procuratorem, non memini. Qui mandato domini curam alienæ negotiationis ut officium suscipit, eamque ita exercet, is est Institor; qui vero ab amico rogatus oculos animumque advertit alienæ negotiationi, vel aliquid eo spectans curat, non ut officium, sed extra ordinem, hic Procurator esse videtur. Sic hodie Institores sunt non modo, qui tabernis præficiuntur, sed omnes, qui se dedunt huic officio, curandi alienas negotiationes, vulgo *Makelaers*, qui sane ad singula negotia Mandato constituuntur, *by commissie*, nec tamen sunt Procuratores, verum qui hanc professionem præ se non ferentes aliorum mandatu aliquid negotiati sunt, hi sunt Procuratores, *d. §. 10.* Ubi differentia admodum notabilis, inquam; Mandans ex eo, quod Procurator egit, conveniri non potest; Ex institoris facto tenetur, directe scilicet, ex subtilitate juris; nam ex æquitate placuit, utilem mandati & contra mandantem dari actionem; ad exemplum institoriæ, *l. 13. §. Si Procurator. 25. de action. empt.* Adde *l. 15. h. tit.* quæ discrimen, modo quod dedimus, illustrat, quatenus docet, hanc præpositionem morte non finiri; sed etiam in heredem dari, quod est contra naturam mandati, ut constat ex *§. ult. I. Mand.*

3. Placet addere differentias hujus actionis ab Exercitoria, postquam parte priore convenientias vidimus. Præcipuæ differentiæ sunt hæ: I. Exercitoriæ major est utilitas, quia ad summam Rempubl. navium exercitio pertinet; Institoris non est idem usus, *l. 1. §. 20. de Exercitor.* II. Magistri navis debet esse major potestas, quia locorum distantia non patitur Exercitores consuli; Institorum conditio facilius cognosci, & officium ejus limitari potest, *d. l. 1. in pr. de Exercit. act.*

4. Hinc oriuntur differentiæ speciales. III. Exercitor, quo volente magister negotiatus est, tenetur in solidum. Institor tantum ratione mercium, in quibus est negotiatus, *d. l. 1. §. 2.* idque ob hanc rationem, quod exercitionis navium major sit utilitas. At hæc eadem ratio, moribus hodiernis, contrarium introduxit. Nam Exercitores navium, ob utilitatem mercaturæ magnariæ & transmarinæ, tantum tenentur, quod attineat ad merces nave contentas, ut *superius* intellectum est; meliore, ni fallor, ratione, quam Romanis placuit. Magis autem mirandum, quod e contractu Institoris hodie, si recte puto, dominus negotiationis in solidum tenetur: Qui contraxit, inquam, per institorem, *door een Makelaer*, absolute tenetur, & minime tantum quoad illas merces. Adeone mores Juri veteri e diametro adversi? Potius ita dicendum: Si quis tabernæ sit præpositus institor, dominus, quo volente præpositus est, ultra merces non tenetur. Idque forsitan aliter nec moribus hodiernis obtinebit, *d. §. 20.* Verum si quid ex speciali mandato domini contrahat Institor, ex eo non potest dubitari, quin mandans in solidum, tam jure civili quam moribus hodiernis teneatur, ac ita res in priore parte differentiæ subsistet.

5. Quarta differentia; Exercitor æque tenetur e facto ejus, quem Magister sibi substituit, quam ex ipso illius contractu; etiamsi Magistrum hac lege dederit, ne liceret ei alium sibi substituere, *l. 1. §. 5. h. t.* ubi secus esse dicitur in Institore; *facilius hoc in Magistro, quam in institore admittendum dicitur, propter utilitatem*, rei scilicet exercitoriæ navalis. vox *facilius* non tam suspendere, quam adfirmare videtur oppositionem inter magistrum & Institorem, ut in *l. 1. in fin. pr. de pignor. & hypoth. difficilius actio dabitur, sed facilior erit retentio.* continetur absoluta positio & negatio, confer. Brisson. *d. V. S. voc. Facile.* Adjuvatur hæc positio, ratione, quæ redditur in *pr. d. l. 1. Cum sit major necessitas contrahendi cum Magistro, quam cum Institore; quippe res patitur, ut de conditione quis institoris dispiciat & sic contrahat: in navis magistro non ita.* Non est dubium tamen, quin valeat in ipso Exercitore exceptio, quæ de Institore posita est in *l. 11. §. 2. & seqq. h. t.* Ut si palam proscriptum fuerit, ne cum alio quam cum certa persona contrahatur, ita ut prohibitio facile a quovis intelligi posset, eo casu contractus a substituto Magistri initus non obliget exercitorem.

6. Quinta differentia circa Mutui usum consistit, scilicet Magister mutuam pecuniam accipere potest in usum earum rerum, quibus est præpositus, nec creditor plus probare debet, quam ita convenisse, & rem in tali statu fuisse, licet magister pecuniam eo non converterit, *l. 1. §. 8. & l. 7. de Exercit. act.* De institore nihil tale reperio, sed eum mutuis pecuniis oportet esse præpositum, *l. 13. & l. 19. de Inst. act.* vid. *d. l. 7. in fin.* Addi possunt, quæ habuimus *ad tit. de Reb. Cred.* Atque hæc de Institoribus observata, quo minus hodieque obtineant, nihil obstare videtur.

Tit. IV.

De Tributoria actione.

I. Tributoria, unde dicta, & ejus natura. II. Usus ejus hodiernus. III. An, quod alii creditores aliis praeferuntur, secundum merces, in quas crediderunt, hodieque valeat. IV. Distinctione discrepantia Dd. expeditur.

Tributoria actio datur etiam ex alterius Contractu adversus alium, sicut exposita est in *Parte I. p. 427. n. 6.* Dicta est a TRIBUENDO *suum cuique:* creditorum scilicet; Habet enim usum, Quando pater vel dominus merces, in quibus filius aut servus est negotiatus, male divisit inter se & creditores, ad hoc, ut divisio iniqua corrigatur, & *suum cuique* tribuatur: Scilicet, ipsam divisionem hac actione non peti, sed dolum male factae divisionis corrigi, adeoque ex delicto actionem esse rei persecutoriam, *loco citato* probatum est. Sane quando Praetor male factam divisionem corrigi jubet, hoc ipso efficitur, ut divisio recte fiat; Intentio est, ut divisio male facta corrigatur, exitus est, ut inde sequatur rectitudo divisionis; ac ita si quis dicere velit, divisionem ipsam per hanc actionem perpetrari, licet equidem hoc illo sensu dicere. Verum ut divisio primitus hac actione petatur, non habet facultatem; supponitur divisio male doloque facta, ut ita facta corrigatur, *l. 7. §. 2. & l. ult. h. t.*

2. Moribus hodiernis, hujus actionis non magnum esse usum,* colligi potest inde, quod cum servis non utamur, filiifamilias autem per separatam negotiationem consensu patris factam, jure patriae potestatis liberentur; ut probat Groenewegius ad *l. 3. C. de Emancip. lib.* manifestum sit, Tributoriam actionem, quae potestatem patriam vel dominicam supponit, in iis locis institui non posse. In hac provincia cum habitatio & negotiatio seorsim instituta, non solvat potestatem patriam, teste Sandio *l. 2. tit. 7. def. 6.* non est haec actio remota a facultate fori, tametsi rarius exerceatur.

5. Neque tamen deest, quod ex argumento Legum, quae sunt in hoc *tit.* ad usum, ab his ipsis, qui negant usum ejus esse, colligatur. Servus aut filius habuit diversas negotiationes, sagariam & linteariam, alios habuit creditores in his, alios in illis mercibus: Hi non sunt confundendi; sed ut diverse crediderunt, ita separatim in tributum vocantur, *l. 5. §. Si plures. 15. & sequ. h. t.* Quaeritur, an haec distinctio locum habeat in aliis mercatoribus diversas negotiationes habentibus, ita ut qui ratione hujus negotiationis, aut tabernae, credidit, is in mercibus eo spectantibus praeferatur aliis creditoribus, qui respectu diversae negationis vel tabernae crediderunt. Ita communiter tradunt, ut probat, Auctores laudans, Struvius ad *h. t. n. 47.* Negat hoc juris esse, Groenewegius ad *h. l.* Mornacio nitens auctore, Curiaeque Batavicae praejudicio, quae censuit, omnes omnino creditores, ubicunque bona debitoris inveniantur, promiscue pro rata ejus, quod cuique debetur, *penning pennings gelyk*, ut Grotius; *au sol, a la livre*, ut Mornacius; in tributum esse vocandos.

4. Rectissime in illa specie, quando debitor plures tabernas sive negotiationes, ipse per se exercuit, ut casum uterque ponit. Verum hoc mihi potius *argum. d. l. 5. §. 15. & sequ.* colligendum videtur; Si quis diversas tabernas, sub diversis institoribus habuerit, isque solvendo esse desierit, tum creditores, ut quisque credidit, in hanc aut illam tabernam, esse praeferendos. Hic enim textus, qui de actione ex alieno contractu nata loquitur, ad obligationes ab ipso debitore immediate contractas, non debet produci; quo minus ad eos, qui per alium celebrati sunt, extendatur, nihil obstare videtur: maxime si verum est, quod ad *tit. praeced.* observavimus, e contractu institoris tabernae praepositi, non teneri praeponentem in solidum, sed quatenus est in taberna, per *l. 1. §. 20. de Exercit. act.* Secundum illam distinctionem respondet etiam Bekman. ad *h. t. n. 83.* Jacob. Schult.

* Schilter. *ad ff. Ex. 27. §. 47.* existimat, posse eam applicari apud nos ad filiumfam. qui, peculiari oeconomia nondum instituta, in peculio a Patre concesso negotiatur, imprimis si pater sibi in filium potestatem expresse reservet. Dissent. Hahn. *ad Wes. tit. de action. tribut. n. 1.* Idem Schilterus *l. c. §. 51. l. 5. §. 15. 16.* ad negotiationes liberorum hominum applicat, ac merces inter cujuscunque negotiationis creditores separatim vult distribui, conf. Decian. *V. 2. Cons. 108. n. 29. sq.* sed quia cum libero homine contrahentes, personae magis quam tabernae fidem sequuntur, *a. l. 5. §. 5. ff. de contrah. empt.* Groenewegii sententiam potiorem videri, monitum fuit a Mencken. *Contr. Jur. Civ. Disp. VI. th. 5.* add. Huber. *h. l. §. 3.*

Quæst. pract. qu. 64. n. 27. Intelligendum hoc autem de creditoribus personalibus, non de iis, qui dominii reservati vel hypothecæ jus habent, ut docet eadem prædicta *l. 1. §. 18. h.*

Tit. V.

Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur.

I. Continuatio. II. Sententia tituli. III. Ratio beneficii filiisfam. indulti. IV. Casus, quibus cessat. V. Usus ejus hodiernus.

HÆc Rubrica in Institutionibus, continet omnes, quæ ex facto eorum, qui sunt in aliena potestate, competunt actiones, Exercitoriam, Institoriam, Tributoriam, Quod jussu, de in rem verso, & de peculio. Heic eadem loco inter illas actiones medio collocatur, ratione, quam reddit Gajus in *l. 1. h. t.* Prætor enim in Edicto cum tres actiones e contractu eorum, qui in aliena potestate sunt, maxime frequentes, ob utilitatem *promiscui usus*, id est mercaturæ, ut habet *l. 17. §. 2. de Inst. act.* proposuisset, considerans eas posse deficere, subjicit ad defectum illum supplendum, aliquot actionum species, de Peculio, de in rem verso, & quod jussu: Præmisso tamen loco generali in hac Rubrica; licet ea non expleat rubrum nigro; sed limitationem collocat, applicandam obligationibus eorum, qui sunt in potestate patria.

2. Nam etsi filiusfam. jure civili æque obligetur ut paterfamilias, *l. 39. de O. & A.* publica tamen utilitas fecit, ut æquum censeret Prætor, quo filiifam. novi patres familiarum facti, nec in re ampla constituti, haberent beneficium, ne teneantur *ultra quam facere possint*, respectu obligationum, quas dum erant in potestate, contraxerant, etsi jam condemnati fuerant, *l. 2. in pr. & l. 5. in pr. h. t.* ubi explicatur, quando hoc beneficium illis proprie indulgeatur. Nempe, si emancipati fuerint, aut morte quidem Patrum sui juris facti, sed exheredati, vel hereditate patris abstinere coacti, aut etiam ex minima parte heredes instituti, juncta *l. 2.* Minima pars videtur esse Legitima, nec enim citra exheredationem minor pars relinqui potest, *l. 8. §. 8. de Inoff. Testam.* forte etiam aliquanto majori parte relicta, dabitur beneficium, *l. 4. in pr.*

3. Ratio privilegii non est alia, quam dixi; Curam Veteres Romani præcipue, multoque majorem quam hodie publico malo, præsides civitatium, habuere, ne familiæ dissiparentur; quod eventurum videbant, si recens emancipati, patrimonio adhuc apud Patrem existente, vel eo mortuo nihil aut parum ex bonis paternis aucti, in solidum e contractibus antea initis excuterentur. Quid enim aliud quam ut domus ab illis ægre constitutæ super novos dominos ruerent, expectari poterat? Visum igitur rectissime, dandum illis aliquod levamentum, saltem ut consistere possent; ne in amplius, quam *facere possint*, condemnarentur, hoc est, ut tantum iis relinquatur, ut NE EGEANT, *l. 19. in fin. de Re Jud.* hoc est, ne ad extremam paupertatem redigantur; Egestatem enim plus esse quam paupertatem, aliquoties dictum est. Relinquendum iis est, quantum ad honestam vitæ exhibitionem requiritur; cujus moderatio quomodo accipienda sit, ad *tit. de Re jud.* dispiciendi locus erit.

4. Cessat hoc beneficium, quando favoris illius ratio cessat, quemadmodum, si post multos annos agatur, quia tunc Filiusfam. satis invaluit, aut si adhuc miserationis egeat, adjuvari non potest, certe non debet, cum alieni juris præjudicio, *l. 4. §. 4.* II. Si exheredatus, deinde receperit hereditatem ex fideicommisso, aut per Querelam, *l. 5. §. 1.* III. Si contrahens filiusfam. se patremfamilias esse simulaverit, *l. 4. §. 1. & l. 6. h. t.* IV. In delictis non habere locum hoc beneficium, ratio manifesta dictat, *l. 4. §. 2.* V. Si pater mandaverit, ut filio crederetur, habet creditor electionem, utrum heredes patris in solidum, an filium in solidum convenire velit; ut tamen si filius conveniatur, is in quantum facere potest, condemnetur, *l. 7. h.*

5. Moribus hodiernis usum ejus cessare, tradit Grœnewegius *ad l. 9. h. t.* quia singularis illa Romanorum patria potestas in desuetudinem abierit, cum suis effectis peculiaribus, idemque adfirmat Autumnus *Cens. Gall. in l. 5. h. t.* Ad hæc prima ratio est; non ubique illam cessare patriam potestatem ejusque effectus, utique non apud nos. Dein, ubi maxime cessat peculiaris illa patria potestas, ibi profecto adhuc usum invenit ratio

tio πολιτικωτάτη in *pr. h. t.* expofita; parcendum effe novis patribusfamiliarum: quia non minus intereft noftrarum Rerump. domos integras fervari, quam veteris Romæ intereffe credebatur. Quamvis igitur abolitus non fit, rarior tamen ufus eft hujus privilegii, quia contractus filiorumfam. ante nuptias, quibus folvitur Patria poteftas, non funt frequentes, aut notabiles.

Tit. VI.

De Scto Macedoniano.

I. Origo hujus Scti. II. Sententia ejus remiffive. Et ufus ejus hodiernus. III. An pertineat ad filiosf. in dignitate conftitutos. IV. Quid fi locupletior fit filiusf. aut pater. V. Condictionem foluti ex SC. non dari. VI. An falva confcientia ufurpari queat. VII. An fi exceptio non opponatur, Judex Scti rationem habere poffit, remiffive.

Alexander ab Alexandro *lib. l. genial. dier. c.* 7. narrat, fe incidiffe in quasdam antiquas leges ereptas e naufragio, ac inter eas inveniffe vetus Senatusconfultum, cujus verba citat, eadem quæ funt in Scto Macedoniano, quod eft in *l. 1. h. t.* atque hoc vetus populi Rom. Sctum a Claudio & a Vefpafiano fuiffe repetitum, narrat in fine *prædicti capitis.* Stupore dignum erat, hominem vetuftatis gnarum, ignoraffe Macedonianum Sctum, quod erat in Pandectis ejus ævo notiffimis, & ex naufragii reliquiis eruiffe, quod in omnium manibus erat. Ex illo fcilicet vetere Scto explicat dictum Terentii in *Phorm.* ubi pater male contentus, filium quafi lege coactum indotatam uxorem duxiffe, fervum increpat, quod non potius dotem dediffet, quo legi fatisfacere potuiffent, & fi pecunia deerat, potuiffe fœnori fumere; Cui fervus refpondit: *Hui! pulchre dixifti, fi quidem quisquam crederet te vivo.* Hujus dicti rationem petit Alexander ex illo vetere Scto, quo jam antiquiffimis temporibus cautum fuerit, Ne filiofam. mutua pecunia crederetur. Atqui Senatusc. eft ipfum illud Macedonianum, tempore Claudii vel Vefpafiani conditum, antea quod conftet, ignotum. Ad Claudii principatum refert Petrus Faber *1. Semeftr. ult.* Cui favet Tacitus *11. Annal.* 13. referens, Claudium lege lata caviffe inter alia, *ne in mortem parentum pecunias filiisfam. fœnori darent.* Briffonius aliique ad imperium Vefpafiani referunt, auctore Suetonio in *Vefpaf. cap. 11.* verbis: *Auctor fenatui fuit, decernendi, ne filiorumfam. fœneratoribus exigendi jus crediti unquam effet; hoc eft, ne poft patrum quidem mortem.* Hæc loca fententiasque Faber ita conciliat, ut Claudii tempore putet Sctum & legem de Mutuo non dando filiisf. effe factum, effe latam. Vefpafianum autem ante Principatum, pro libertate relationis Senatoriæ, fuafiffe Senatui, ut ejusmodi Confultum fieret, quod cui fiat verifimile! Non eft dubium, quin bis eadem de re cautum fuerit, femel Lege, rurfus Scto tantum, & poftremo plenius. Lex Claudia tantum vetuit Mutuum dari, ut habet Tacitus, *in mortem parentum*; hanc Legem fœneratores, & facile princeps eorum Macedo, novis commentis eluferant; quorum unum fuit, ut *incertis nominibus* crederent, ficut eft in textu Scti. *Incertis nominibus*, explicat Struvius *in pr. h.* non expreffa quantitate ex verbis, *ne quid amplius diceretur*, vel de indefinito folutionis termino, *ne in patris mortem creditum videretur.* Simplicius videtur, *incertis nominibus* effe, fictitiis nominibus, collufione mutua, & occultis cautionibus, e quibus poft mortem patris ageretur, quod Lege Claudia non videtur fuiffe prohibitum. Verba, (*ne quid amplius diceretur,*) alias Macedonis fraudes & machinationes, quas recenfere longum erat, fpectare videntur. Quid vero ad locum Terentii dicemus, unde Alexander antiquitatem Senatusc. fere XII. tabulis parem colligit? Nihil aliud, quam non fuiffe expectandum, ut adolefcens, patrimonio peculioque carens, vivo & invito patre, fidem pro notabili pecuniæ fumma inveniret: Etfi enim id genus callidi audacesque fœneratores aliquando inveniebantur, id tamen non fuiffe ordinarium & inventu facile, res ipfa loquitur. Poteft etiam objici locus Ciceronis *Orat. pr. M. Cæl. Nam quod æs alienum*, inquit, *objectum eft, fumptus reprehenfi, tabulæ flagitatæ, videte, quam pauca refpondeam,* TABULAS, QUI IN PATRIS POTESTATE EST, NULLAS CONFICIT; *verfuram nunquam omnino fecit ullam.* Atqui nominum & mutui obligatio, per tabulas fere conficiebatur, ut ad *tit. I. de liter. oblig.* dictum, ubi & vide Hotomannum. Quod fi tabulas filiusfam. non habuerit, nec Mutui facultatem habuiffe videtur contrahendi. Sed non unica fuit, per tabulas five rationes collatas, mutui con-

trahendi ratio; potuit etiam per chirographa & kalendaria argentariorum, quomodo filiosfam. oportet obligatos fuisse: Quia tabulas accepti & expensi, e quarum collatione fiebat obligatio nominum, soli patresfamil. habebant, ut heic M. Tullius scribit. Idem negans, Cælium nec versuram fecisse, id est, pecuniam fœnebrem accepisse, Mutuum aliter etiam, quam in tabulis, contrahi potuisse declarat. Teneamus igitur, olim filiosfam. difficulter mutuas accepisse pecunias, nulla tamen Lege fuisse prohibitos. Extitisse fœneratores, qui iniquissimis conditionibus, illis credere sint soliti; Quod Lege Claudia & Senatus-Consulto Macedoniano fuerit interdictum.

2. Hæc de origine Scti paulo prolixius, quia cum argumentum ipsum supra in *Part. I. p. 429.* occupatum sit, heic brevioribus esse licet. Quem usum habeat hodie, non magis est prætereundum, quam origo ejus ab antiquo. Locum adhuc habere Sctum in filiisfam. minoribus annis 25. statuit Grœnewegius ad *pr. C. h. t.* non habere locum in majoribus, quoniam hi desinunt hodie esse filiifam. Unde sequitur, sicubi ætate non finitur Patria potestas, ut apud nos, hunc modum ignorari, & Sctum etiam in majoribus locum esse habiturum; modo non contraxerint matrimonium: quoniam hoc ubique Europæ finem Patriæ potestati imponit. De separata habitatione, quanquam apud nos per eam non solvitur Patria potestas, nec filiusfamilias desinat esse talis; valde tamen probabile est, si pater separationi œconomiæ consenserit, eum simul mutui contrahendi potestatem dedisse videri; Quanquam hic casus inter eos, quibus cesset hujus Scti beneficium, non recensetur, ideoque dubius videri potest. Quod etiam Ulpianus in *l. 1. §. ult.* tradit, in filiosfam. nihil dignitatem facere, quo minus Sctum Macedonianum locum habeat, id & jure novo & moribus hodiernis hactenus mutatum esse, quatenus dignitates hodie tollunt patriam potestatem, ratio juris omnino dictat.

3. Est & aliud, in quo Autumnus & Grœnewegius Romanum jus abrogandum censent; Quod in *l. 9. §. 2. h. t.* scribit Ulpianus, *nihil interesse*, quod ad usum Scti, *consumpti sint nummi, an extent in peculio*; quin nec de filiæ mutuo dari actionem, quæ alioquin æque Scto quam filiisfam. continetur, etsi ornamenta pro nummis comparaverit, hæc ita absolute accepta, merito illi ut iniquissima improbare videntur. Sane, si hoc vult Ulpianus, patrem filiumque lucrum illud in peculio posse retinere, nullo remedio creditori dando, non potest negari, eam esse rem injustam: Sed tu dic, actionem ex Mutuo per Sctum excludi, non æque condictionem, quatenus filius est locupletior. Nam si hæc actio datur adversus pupillum, ex causa Mutui, cujus obligatio est ipso jure nulla, *l. 5. in pr. de Auctor. Tut.* multo magis dabitur adversus filiumfam. qui & naturaliter & civiliter est obligatus, cum per Exceptionem se tueri debeat, *l. pen. & passim h. t.* qua de re Wissenbachius *ad pr. h. t.* etsi Bartolus & Salicetus, eosque secutus Bachovius *not. Par. ad h. t. n. 5.* negant, per jus novum, quo dignitates liberant a Patria potestate, mutata esse, quæ in favorem filiifam. introducta sunt; Atqui hoc SC. non simpliciter in favorem filiifam. introductum, aliquoties dictum est; Cui accedit, quod actus prodigentiæ & insidiarum in Patrem, non conveniant iis, qui publicis munerum officiis digni sunt habiti. Adde Bachov. *not. ad Tr. D. 2. th. 6.*

4. Cætera ex prædicto loco ad Inst. petenda; junctis iis, quæ *ad tit. I. de Obligat. ex quasi-Contr. n. 10. pag. 346.* dicta sunt, quamobrem Condictio indebiti filiosfam. soluta pecunia non detur; eo quod scilicet in odium fœneratorum potius quam favorem filiifam. sit introductum; Atqui tamen *subveniri* dicitur *filiofam.* hoc Senatus-Consulto, *l. 7. §. 3. h. t.* Nempe rei veritate inspecta consulitur filiisfam. præcisa ipsis prodigentiæ facultate; Sed non est ejusmodi favor ille, qui rem in arbitrium filiifam. conferat, cum potius ad cohibendum illum comparata sit.

5. An filiusfam. salva conscientiæ integritate Senatus Consulto possit uti, videbimus in simili ad *fin. tit. de SC. Vellejano.* Wissenbachius Noster usum hujus Scti damnat, ad *h. t. n. 32.* nimis abrupte usus argumento juris naturalis, cujus obligatio in hoc Scto manet, *l. 10. h. t.* Nam facultates naturales, quæ ad patrimonium spectant, lege gubernari possunt, ejusque dispositiones a civitate receptæ, videntur esse sponsiones civium, per *l. 1. & 2. de LL.* quibus si invicem utantur, non faciunt mutuas injurias, sed exercent publicas conventiones, qua de re dix. *ad tit. de LL. n. 2.*

6. Postremo, si exceptio in judicio non opponatur, an judex Scti rationem habere debeat; item quod etiam post sententiam opponi possit, videbimus infra *de SC. Vellej. n. 7.*

LIB. XV.

Tit. I.

De Peculio.

I. Continuatio, & remissio ad Partem primam. II. Species adventitii peculii, quarum jus plenum ad filium pertinet. III. Παραλειπόμενα *actionis de peculio. IV. Usus hujus actionis hodiernus. V. Observatio de peculio adventitio.*

Excepta Mutui causa, quæ Scto Macedoniano filiisfam. interdicta fuit, ex omnibus aliis filii contractibus Pater, & quasi talibus & veris actione de peculio tenetur, quemadmodum etiam dominus e contractibus servi, aut si peculium desit, & pater aut dominus aucti sint e contractu, datur actio de in rem verso; si nec hoc quidem, jusserit autem pater, tum postremo loco *Quod jussu* agitur, in quibus hic totus liber consumitur. Actum est de illis in Parte I. *tit. Quod cum eo, qui in al. pot.* de peculio, de in rem verso, & quod Jussu, postquam de Exercitoria, Institoria, quæ sunt etiam apud illum *titulum Institutionum*, absolvimus. Institutum peculii, quid & quotuplex sit, accepimus apud alium *Partis I. titulum, per quas personas cuique aequir. pag. 160. & seqq.* De peculio castrensi, vere & quasi tali, nihil heic habemus adjungendum.

2. Sed Adventitium, quod a Græcis ridicule satis, ἀποδημητικὸν, quasi a *peregrinando* vocatur, recipit hoc discrimen; quod, etsi jure Codicis proprietas ejus sit liberorum, ususfructus autem patrum; non tamen nulla sint bona, quorum ususfructus ad patrem non spectat, verum quæ pleno jure sint liberorum, distincta tamen a castrensibus & quasi-castrensibus. De his capienda videntur esse verba *Nov. 22. C. 34.* ubi; ὁ δὲ τῶν ἰδιοκτήτων ϗ, quasi-castrensium peculiorum ἐξαιρέσθω λόγος καὶ ἑτέρων τινῶν, ut verba citat Balduinus *ad hunc §.* Haloander vertit; *Excipitur tamen ab his castrensium & quasi-castrensium peculiorum, & item quorundum aliorum ratio.* Scrimgerus & Gothofredus, pro ἰδιοκτήτων habent castrensium, verba autem καὶ ἑτέρων τινῶν, *quorundam aliorum*, non agnoscunt. Est tamen ita, quod præter castrensia & quasi-castrensia, quædam alia conditionis alioquin adventitiæ, de quibus jam loquimur, pleno jure liberis acquirantur, ut quæ relicta sunt liberis, sub conditione, ne pater usumfructum habeat, *Nov. 117. cap. 1. in pr.* Unde *Auth. Excipitur.* sub *d. l. 6.* minus recte descripta est, quæ parentibus id tantum licere vult, cum in fine *d. princ.* cuivis personæ, παντὶ προσώπῳ id permittatur. II. Hujus generis sunt bona, quæ filiusfam. una cum patre ex successione fratris intestati capit, *N. 118. c. 2.* III. Pater, qui divortium instituit illegitimum, amittit bona sua, quæ pro triente monasterio, cui includitur, pro besse liberis pleno jure cedunt, *Nov. 134. c. 11.* ubi vulgatus interpres habet hæc verba; *quoniam Pater rerum filii in potestate positi non habet usumfr.* quæ neque sensum habent idoneum, neque in Græco extant, nec ab Haloandro agnoscuntur; quod miror a Gothofredo non animadversum, & magis quod ipse aliique hinc colligunt, injusto divortio solvi patriam potestatem, quod sane hoc loco minime sancitur. IV. Res donatæ a Principe, instar castrensis peculii sunt, *l. 7. C. de bon. quæ lib.* V. Si filius invito Patre hereditatem adierit, vel rem aliam acquisierit, quod cum olim non posset, hodie permittitur, ita ut Patri inde nec lucri spes neque damni metus immineat, *l. ult. pr. C. de bon. quæ lib.* VI. Jam olim ejusdem Juris legatum militiæ fuit, *l. 3. §. 7. in f. de minor.* id est, functionis agentium in rebus, quorum schola vocabatur militia, & erat in commercio. Brisson. *de V. S. verb. Militia.* VII. Si pater in bonis per fideicommissum filio restituendis, fraudulenter se gerat, multo magis in adventitiis, omne jus suum & usumfr. perdit, nisi quod egenti præstanda alimenta, *l. 50. ad. Sc. Trebell.* ubi filium hac parte militi comparandum ait JCtus, nempe quod ad plenum jus Dominii; unde & Glossarium græcum illa bona pro quasi-castrensibus habet, in voce πεκύλια. Sic etiam *Lex 7. C. de bonis quæ lib.* appellat res a principe donatas; sed de reliquis potius est, ut adventitiis connumerentur. Nam alioqui adventitia magis ea bona quam castrensia sunt, quod effectum in jure testandi habet, de quo *ad tit. J. Quib. non est perm. fac. test.* Castrensia enim ea tantum habentur, quæ vere in bello atque castris quæsita sunt.

Quod si aliunde relinquatur legatum vel donatio, tametsi nominatim expresso, *ut in castrensi peculio sit*, pro adventitio tamen habetur, *l. 8. de castr. pecul.* Neque etiam quasi-castrensia sunt ea, quæ modo memoravi; hæc enim dicuntur, quæ in officiis publicis & dignioribus acquiruntur, *l. ult. C. de inoff. test.* Proinde castrensia vera & quasi, a paganis non jure dominii, sed causa acquirendi distinguuntur; quanquam & effectus, inquam, dispar est: Nam castrensia utraque sunt adeo plene filiorumfam. ut tam inter vivos, quam mortis causa, de iis libere disponant, *§. ult. Inst. Qui test. fac. d. l. ult. C. de inoff.* De adventitiis usufructui paterno exemptis, possunt quidem διοικεῖν, inter vivos disponere quovis modo, *Nov. 117. c. 1. §. 1.* sed διατίθεσθαι, *testari* non æque, ut latius *alibi*.

3. Quid sit actio de peculio, quid differat a Tributoria, & quod tantum de profectitio detur, expositum est in prædicto *Inst. titulo, Quod cum eo, qui in al. pot. n. 7. pag. 428.* Ex delicto filii non competere hanc actionem, docet *l. 1. §. 7. de his, qui effud. vel dejec.* nisi quatenus Pater inde factus est locupletior, *l. 3. §. pen. de Pecul.* verum tamen si filius sit condemnatus, actio rei judicatæ datur in Patrem, vi litis contestationis, per quam quasi contrahi dicitur in *l. 3. §. 11. h. t.* qua de re satis notabili, apud *tit. de Judic.* egimus. Est tamen, ubi sine contractu datur actio de Peculio, propter omissionem non absimilem delicto, si filiusfam. duumvir pupillo rem salvam fore, caveri non curaverit; etsi Patris voluntate decurio factus non sit, *l. 3. §. ult. h. t.* quin si voluntate Patris Filius decurio sit factus, & a duumviris Tutor sit datus, si male gesserit Tutelam, Pater in solidum pupillo tenebitur, *l. 1. C. Quod cum eo, qui in al. Pot.* qua de re D. Wissenb. *ad h. t. th. 10.* Ratio, cur Pater in illo casu de peculio teneatur, in *d. §. ult.* redditur hæc; quia *salvam fore Remp.* præstare *pater obstrictus est.* Ideo cum voluntate sua pater filio dederit peculium, hujus facti obligatio pertinet etiam ad rem, cui bonus civis subducere se non potest, ut ad publicas etiam causas teneatur, cum quidem delictis nullum voluntatis ejus argumentum applicari possit.

4. Quod ad usum hujus actionis spectat, de servis quidem, ut ad hanc actionem referuntur, nihil attinet dicere; cum, illis jam incognitis, de illorum peculio quæri non possit. Pro famulis, quibus utimur, ingenuis, domini non tenentur, nullo jam potestatis vinculo, quod jure civili conciliat obligationem. Nec admitto exceptionem, quam habet Groenewegius ad *pr. h. t.* nomine famulorum, ait, hodie non tenemur: *nisi, quatenus eorum merces se extendit:* Actionem in dominos hodie dari ratione mercedis, nullo modo dicendum est; per modum Arresti, sicut alia debita, mercedes famulorum detineri possunt, immediatum agendi jus, ne in illas quidem datur, & de hoc eventu capiendum puto Grotium *lib. 3. Introduct. cap. 38. num. 9.* Jam de filiis, non est dubium, quin Pater iis adhuc quidem dare queat peculium; sed vix unquam id accidit aliter, quam vel contracto matrimonio, vel ut separata negotiatio & plerumque separata œconomia a filio instituatur; Quibus casibus in plerisque locis solvitur Patria potestas, & matrimonio quidem ubique; Soluta vero patria potestate peculii rationem finiri, manifestum est. Apud nos in Frisia, nec Negotiatio, nec habitatio quidem, ut sæpe dictum, tollit Patriam potestatem, quod attinet ad jus contrahendi matrimonii, condendi testamenti, ususfructus Paterni in bonis adventitiis, aliisque effectis. Proinde si pater filio det aliquot millia, negotiandi, vel artificium aliquod exercendi causa, in peculium de suo, rebus male cedentibus, si dicere velit, peculium id suum esse, quemadmodum est re vera, nihil obstat, quo minus creditores actionem de peculio adversus Patrem instituere possint, ita quemadmodum Jure civili proditum habemus.

5. Atque ab hac actione, tam jure Romano, quam moribus, opinor, nostris, distincta est actio, quæ datur adversus Patrem de peculio adventitio; cum de hoc teneatur ut Legitimus Curator, hac actione nequaquam, ut ex tot. *tit. de bon. matern. & de bonis quæ lib.* est manifestum, idque jam probavimus *in Parte I. d. pag. 428.* Qua parte nullo modo admittere possum, quod Groenewegius habet, *ad princ. h. t.* Patres e contractibus filiorum non modo teneri de peculio, *sed*, inquit, *simpliciter conveniuntur, condemnantur, & condemnati ex universis bonis filiorum persolvere compelluntur.* Hoc de illis, quæ pleno jure sunt filiorum, concedere licet; de communibus adventitiis, quorum ususfructus ad patrem spectat, non magis potest, quam quilibet fructuarius ex usufructu suo persolvere cogitur, quod proprietarius debet.

TIT. II.

Tit. II.

Quando de Peculio actio annalis est.

Actio de peculio cum rei persecutoria sit, est perpetua, secundum ea, quæ ad tit. *Inst. de perpet. & temp. act.* dicta sunt *n. 2.* Verum quia Patria potestate finita, Peculium quoque finitur, cessabat ratio, cur actio Prætoria diutius quam Prætoris officium, durare deberet. Ideoque morte vel emancipatione filii, aut servi ejusdem manumissione vel alienatione, sit annalis actio de Peculio, durans annum utilem, qua de re est Prætoris Edictum, atque ejus explicatio, in *l. 1. h. t.* Quod respectu filii in casu superius exposito, quo minus hodieque locum habere possit, etsi raro eveniat, nihil obstare videtur. Quæstiunculas aliquot antinomiales habet D. Wissenbachius, de quibus nihil habemus præcipuum adnotandum.

Tit. III.

De in rem verso.

I. Remissio ad partem primam. II. Usus actionis hodiernus. III. An etiam ex hominis liberi contractu detur.

Si tantum non sit in peculio, quantum Creditor petit, videre & inquirere debet, an nihil e contractu servi aut filiifam. in rem, id est utilitatem, Patris vel domini sit versum, & hactenus habet actionem *de in rem verso.* de qua egimus in *Parte I. pag. 428. n. 8.* Ad hunc locum pertinet Observatio, ex eo, quod hæc actio de in rem verso ad respectum patriæ vel dominicæ potestatis refertur, an, si quid in alterius rem versum sit e contractu hominis liberi mecum inito, mihi non detur actio adversus eum, in cujus rem versum est. Amicus tuus emit a me frumentum, ad alendam familiam tuam. Ille mihi non solvit; quæritur, an tu tenearis ad solvendum. Sic enim formanda est Quæstio, non ut Grœnewegius, qui hanc actionem confundit cum Actione Negotiorum gestorum; an is ipse, qui frumentum emit, habeat actionem. Jure civili *casu nostro* non datur actio, nisi in Patrem vel dominum, e contractu servi aut filiifam. ut *hoc tit.* videmus: Inter alios nulla est causa obligationis, vel actionis, cum nihil inter sese egerint. Produci tamen hanc actionem ad Conjuges: imo ad omnes hominum liberorum contractus, per quos alii sunt locupletiores, hodiernis moribus, observat ex Schultsio & Hahnio Bekman. *observ. pract. ad h. t.*

2. Dicamus ita potius, ex ipso jure civili; Si revera, actu Alius ex meo per contractum tertii sit locupletior, & Tertius, qui mecum contraxit, non sit solvendo, ex æquitate contra Alium dandam in subsidium actionem, quia quod de meo ad te pervenit, hoc a te mihi reddi, bonum & æquum est, *l. 32. de Reb. Cred.* ac ita Grotius *Introduct. lib. 3. c. 30. n. 49.* Sed quia hæc actio non oritur ex aliquo facto ejus, in cujus rem versum est; verum ex eventu utilitatis perceptæ, *uit baettreckinge*, ut Grotius, ideo, si frumentum in superiore casu corruptum sit vel arserit, non videtur hæc actio dari; secus ac *de in Rem verso*, quod est hujus tituli, traditur in *l. 3. §. 7. & §. ult. h. t.* quanquam ipse Negotiorum gestor, si utiliter rem gesserit, etsi male res ceciderit, nihilominus actionem habeat, ut si quis insulam fulsit, aut ægrum servum curavit, & insula exusta est, vel servus obiit, *l. 10. §. 1. de Negot. gest.*

Tit. IV.

Quod Jussu.

I. Remissio ad partem I. & quid sub Jussu comprehendatur. II. Ex contractu hominis sui juris, mandantem non teneri. III. Quid moribus.

Actionem Quod JUSSU, vide sis expositam *ad tit. Inst. Quod cum eo, qui in al. pot. n. 2.* Jussus equidem proprie loquendo differt a Mandato, fere ita ut vult etymologia, vel si mavis, allusio, quod Jubere sit *jus habere*, & Mandare *manum dare.* Jussus est superioris, & continet parendi necessitatem, ut heic inter Patrem Dominumque & servum filiumque; Mandatum fit inter

ter pares, ac est utrimque liberum: Sed quia ratio hujus actionis consistit in voluntate Patris & Domini, nihil refert, quo pacto illa voluntas exprimatur, per jussum, an per mandatum, etiam ex post facto, per subscriptionem, aut ratihabitionem, *l. 1. §. 3. & seqq. h. t.*

2. Quemadmodum autem ex Mandato constat, obligationem inter solos Mandantem & Mandatarium nasci, nec obligationem egredi personas contrahentium; sic etiam is, qui cum mandatario contraxit, non habet actionem adversus ipsum Mandantem e contractu Mandatarii, sine hujus cessione, *l. 49. §. ult. de Acquir. poss.* Excipiuntur jussiones factæ filiis & servis, propter vinculum potestatis, e quibus actiones in solidum contra jubentes competunt, ut in *h. tit.* exponitur; Eademque exceptio firmat regulam modo traditam, quod jussio vel mandatum, ex quo liber homo contraxit, non producat actionem extra personas contrahentium.

3. Sed moribus hodiernis, ex eo, quod sui juris homo jussu alterius gessit, dari actionem utiliter inter jubentem & eum, quicum Jussionarius egit, notat ex Oldendorpio & Hahnio D. Bekman. *obs. pract. ad h. Tit.* Forte nihil hactenus a Jure Civili discrepat Usus, modo distinguatur, utrum is, qui jussum accepit, suo nomine egerit & contraxerit, an nomine Mandantis & tanquam ejus Procurator. Priore casu non datur actio in jubentem sive mandantem, nisi ex usu *hujus Tit.* Posteriore casu datur etiam utilis jure Civili actio adversus mandantem; Si quis, inquam, ut Procurator eamque præ se ferens qualitatem, contraxerit, non est dubium, quin etiam inter Mandantem & eum, quicum mandatarius egit, utiles actiones nascantur, ut docet *l. 13. §. si procurator. 25. de Action. empt.* Verum si tu jusseris alicui, ut pecuniam pro se mutuam acciperet, tu simpliciter non pro me acceperis; nulla ratio vel textus Juris, opinor, actionem Creditori contra te porrigit, nec quidem moribus hodiernis, quod existimare possim.

LIB. XVI.

Tit. I.

Ad Senatus-Consultum Vellejanum.

I. Continuatio. Institutum & ratio hujus SCti. II. Intercessionis duæ species, participatio, & translatio debiti alieni, tam veteris quam novi; de participatione prius. III. Translationis exempla. IV. Applicatio & animadversio horum modorum; an & correum esse pro intercessione habeatur. V. Effectus SCti, exceptio, non etiam nullitas, addita condictione soluti. VI. Duo casus, quibus intercessio mulierum nulla est, exceptis speciebus Lege sanctis. VII. Differentia effectus inter Nullitatem & oppositionem Exceptionis. VIII. Qua via Juris Creditori, amota muliere, consulatur, nec opus esse restitutionis actu. IX. Casus, quibus cesset SC. ratione causæ. X. De speciebus quibusdam dubiis, quas Pragmatici ad intercessiones muliebres referunt. XI. Casus, quibus cessat SC. ex facto alieno mulieris. XII. Conciliatio Legis 28. h. t. cum l. 13. C. eod. XIII. Species aliæ intercessioni similes, quibus cessat SC. XIV. Renunciare posse mulierem huic SCto. XV. Faciendam esse renunciationem in publ. instrumento tribus testibus munito, aut jurejurando. XVI. An privata instrumenta tribus testibus munita, ad renunciationem sufficiant. XVII. Recollectio prædictorum. XVIII. Ad renunciationem Auth. Si qua mulier. *requiri & formam publicam cum testibus, & juramentum. XIX. Diversam esse rationem vulgaris intercessionis. XX. An mulier, quæ renunciavit Vellejano, adhuc uti possit* Authentica, Si qua mulier. *XXI. Ultimus casus, quo cessat SC. Vell. si mulier heredibus suis uti illo probibuerit. XXII. An usus SCti Vell. & Maced. recta animi conscientiæ adversetur.*

QVanquam de Senatus Consulto Vellejano, quod prohibet intercessiones mulierum, commodius apud Titulum de Fidejussionibus agi potuisse videbatur, heic tamen post tractatum de servorum & filiorum familias obligationibus imperfectis, etiam de mulierum inutili Intercessione, ut personalia obligationis impedimenta continuarentur, visum fuit tractandum. Quam adducte mulieres apud Veteres Romanos habitæ, quam dein effusa sit earum licentia, Cato jam ille priscus

priscus apud Livium querebatur, *lib. 34. a. pr.* Cujus specimen ille etiam habuisset, quod *intercedere pro aliis, ac ita virilibus officiis fungi non* vererentur, ut Senatus loquitur in *l. 1. §. 1. h. t.* Hæc igitur prima & præcipua ratio est in Senatus-Consulto, quod intercessio pro aliis, virile munus & sexus verecundiam excedens videretur. Alteram suggerit Ulpianus in *l. 1. in fine pr.* Quod intercessione *periculum rei familiaris* mulierum verteretur; Cum enim

Per mille possim currere exempla, ut probem
Prædes vadesque pœnitudinis reos:

In mulieribus ea res majori subjacet discrimini, quia, ut Seneca ait, *Omnium imperitorum animus, maxime tamen muliebris, in lubrico est. Lib. de Remed. fort.* Quæ lubricitas in exorabili facilitate succurrendi blandientibus, ubi nihil expendendum venit, maxime conspicitur. Sunt enim fere tenaces adversus præsentem alienationem, quo fit, ut raro donent, *l. 16. C. de Donat. ant. Nupt.* Sed tantum prudentiæ non superest illis, ut vim oraculi Delphici valide satis præsumant; κέλευε παρὰ δ' ἄτη, SPONDE, NOXA PRÆSTO EST. Sunt tantum sex literæ, dicebat ille: facile emittuntur, sed tanto acerbiorem sæpius exitum habent, quanto nihil gravius est, quam luere quod non commiseris.

2. Veniamus nunc ad SCtum; quod est *de Obligationibus mulierum, quæ pro aliis reæ fierent, l. 2. §. 1. h. t.* Quo modo pro aliis rea fiat mulier, explicatur his verbis: *Quod ad fidejussiones & mutui dationes pro aliis, quibus intercesserunt feminæ, pertinet.* Duo sunt obligationum genera pro aliis, *fidejussio*, & *mutui datio*; Fidejussio est participatio debitorum alienorum; Mutui datio est receptio obligationis in sese. Hæc est summa partitio; Sed ex omni interpretatione colligendum est ita; Quando mulieres intercedunt, hoc fieri vel obligationem totam in se recipiendo, vel participando. Utrumque tam in veteri, quam in nova obligatione fieri potest. Participant obligationem veterem mulieres, si fidejubeant, vel constituant pro alio, *l. 2. §. 1. h.* si res suas pignori vel hypothecæ dent, *l. 5. l. 7. & l. 12. C. eod.* Si quem in judicio defendendum suscipiant, *l. 2. §. ult. h. t.* quod D. Wissenbach. *n. 2. 3.* ad obligationis in se translationem refert totalem. Idque est verum, si reus principalis judicio eximatur, quod non semper evenire, patet ex his, quæ de Defensoribus ad *fin. tit. de Procuratoribus*, dicta sunt; alioqui fit ejusmodi translatio & exemptio, in specie *l. 2. C. de Pactis.* Denique participatio novæ obligationis fit, quando mulier pecuniam alicui credi mandat, quam speciem D. Wissenbachius refert *d. th. 2.* ad veteris debiti communionem, satis contra negotii naturam, nisi fallor; siquidem eo tempore, quo mandatum alii pecuniam mutuo dandi editur, adhuc nihil debiti contractum esse, perspicuum est.

3. Modi, quibus obligationem mulier in se totam recipit, de veteri quidem sunt: I. Expromissio, quando mulier novandi animo alienam obligationem ita in se recipit, ut primus debitor plane liberetur, quam esse vim expromissionis, probavimus ad *tit. Inst. Quib. mod. toll. obl.* Exemplum ejus in muliere dat Lex *8. §. 8. h. t.* II. Defensio ad hunc articulum quoque referri potest, si, ut dictum, reus originalis judicio eximatur. Receptio totalis, novæ quoque obligationis, est ea, quæ in textu SCti habetur, *Mutui datio pro alio*; quando cum alius mutuam pecuniam quæreret, interposita sit mulier, quæ acciperet, ut alii deinceps traderet, *l. 8. §. 14. h. l. 4. & l. 19. C. h. t.* Thomasius in Scholio ad *Posit. 4. h. t.* animadvertit, fidejussionem quoque tam ad novam, quam ad veterem obligationem posse referri, *quatenus scilicet fidejussio præcedere potest obligationem principalem*, inquit *§. 3. Inst. de Fidejussor.* At hoc nimis est subtile, quia Fidejussio præcedens nullam habet vim, nisi principali obligatione perfecta, & ab eo tempore censetur Fidejussio prius contestata, jam exstanti obligationi accedere.

N. ADDIT.

Dixerat Autor in positionibus: Uxori hic prohiberi tam intercessionem pro obligatione veteri, ad quam refert fidejussionem mulieris, quam pro nova, ad quam refert mandatum mulieris de solvendo alii, allegans eam in rem, rubricam tituli de fidejuss. & mand. Quod fidejussionem attinet, addideram illud scholium. Nimiam subtilitatem vero quod concernit, quam hic Autor objicit, de ea lector judicet. Nam quæ declarationis causa addit, ea simili modo possunt applicari ad mandatum mulieris, quod tamen ad genus novæ obligationis retulerat Autor. Nam & mandatum præcedens nullam habet vim, nisi subsecuta solutione perfecta, & ab eo tempore censetur mandatum prius suam vim exerere.

4. Hæ sunt species intercessionis, eo melius & distinctius observandæ, quod sæpe in earum applicatione non imperitos homines, & quibus SCti Velle-

Vellejani sententia probe cognita videbatur, opinionis errore versatos vidimus: veluti eum mulier adiret Creditorem, peteretque pecuniam suo nomine mutuam, ut alii traderetur, aut in ejus usum converteretur, non putabant esse intercessionem, etsi hoc agi Creditores non ignorarent. Quin nec raro accidisse vidimus, ut idem putarent, ubi mulieres, ne pro se mutuari crederentur, id ipsum obligationis instrumento inseri curaverant, pecuniam in alterius usum fore convertendam. Eundem applicationis errorem in expromissione aliquando versari, exemplo declaravimus ad *tit. de Just. & Jur.* Hæc non ideo, quod ex Arte sint dubia, commemoramus; sed ut videant Auditores, quam sit necesse, fundamenta juris bene percipere, & exprompte in usu Fori habere in conspectu. Quid si mulier cum alio se in solidum obligaverit & corream debendi se constituerit, an videtur intercessisse? Non est intercessio proprie loquendo, quia singuli correi pro se ipsis, non pro se mutuo obligantur; ut ad *tit. Instit. de duobus reis*, traditum est, nisi quando pro se mutuo fidejusserunt, quos vocat ἀλληλεγγύους Imperator in *Nov. 99.* Verum tamen, quia mulier correa, solutione totius debiti Correum suum liberat, non est alienum dicere, quod etiam hæc species sub verbis SCti, *quæ pro aliis reæ fierent*, comprehendatur; nisi in rem suam versa sit tota obligationis substantia, quæ est exceptio deinde memoranda. In foro certe non dubitatur, quin mulieres se cum Viris suis in solidum obligantes, æque intercedere videantur, quam si fidejubeant, præsertim postquam divisionis beneficium ad Correos etiam productum, ac ita illi fidejussoribus adæquati sunt, ut ad *d. tit. I. de duobus reis*, observatum est.

5. Sanctio SCti est, ne in Mulieres ex intercessione detur *actio, neve petitio detur*. Quod eodem sensu, quo pridem de Macedoniano intelleximus, accipiendum. Neque enim ipso jure nulla est mulieris obligatio, quia per exceptionem mulieribus succurri dicitur *passim, l. 6. l. 7. & l. 8. §. 4. h. t.* aut, quod idem est, per replicationem, si mulieri agenti objiciatur intercessio, ut exemplo declaratur in *l. 17. §. 1. & l. ult. §. 2. eod. tit.* Notum est autem, in Arte Juris modos tollendi obligationem ipso jure & ope exceptionis opponi, ut docetur *ad pr. I. Quib. mod. toll. obl.* Quid si mulier non modo fidem intercessionis dederit, sed etiam solverit pecuniam, an datur ejus repetitio? de Macedoniano superius dictum est, non esse repetitionem, quia naturalis obligatio manet, *l. 10. de SC. Maced.* Atqui mulierem tenet etiam sine dubio naturalis obligatio, civili tantum obligatione non tam sublata, quam enervata & effectu actionis privata, *d. l. 1. §. 1. h. t.* Sed est alia ratio; Mulier intercessione liberatur suo solius favore, Filiusfamilias obligationi subducitur, odio magis Creditoris. Hinc factum, ut tametsi Filiusfamilias solutum non repetat, mulier tamen indebiti condictione, quod solutum, repetere possit, *l. 40. de Condict. indeb.* Aliud exemplum actionis, qua mulieri succurritur, re sic ferente negotiique natura, vide sis in *l. 8. §. 3. h. t.*

6. Cæterum, jure novo nullitatis sanctio accessit a Justiniano duobus casibus. I. Si mulier intercesserit aliter, quam in instrumento publice confecto, & a tribus testibus subsignato; *sin aliter facta sit intercessio, pro nihilo habeatur scriptura, vel sine scriptis obligatio, tanquam nec confecta nec penitus scripta, ut nec Senatus-Consulti auxilium imploretur. l. Antiqua. 23. §. 2. h. t.* Alter casus est, si mulier pro suo marito intercedat; * *jubemus hoc nullatenus valere, sed ita, ac si neque fa-*

* Jure Saxonico Electorali, uxores pro Maritis bona sua dotalia, donationes propter nuptias, & dotalitia, non aliter valide obligant, quam accedente corporali juramento, adhibita formula: So wahr mir Gott helffe, und sein heiliges Wort! adeoque clausulæ intercessionibus additæ, An Eydes statt, it. bey dem Worte der ewigen Wahrheit! non sufficiunt, ac ipsa jurata intercessio non nisi judicialiter, prævia admonitione & certioratione SCti Vellejani, accedente Curatoris consensu, fieri debet. *Dec. El. 25.* Philipp. *ad d. Dec. Obs. 1. n. 2. sq.* Conf. Carpz. *ad P. 2. C. El. 16. def. 5. 6.* Bona autem Paraphernalia, mulieres etiam pro maritis absque juramento obligare possunt, & pro extraneo, citra distinctionem bonorum, intercessio licet injurata a fœmina majore judicialiter cum Curatore facta, valet. *d. C. 16. §.* Ob nun. *d. Dec. 25.* Imo secundum Statutum Lipsiense, ab Administratore Saxon. Sereniss. Friderico Wilhelmo, una cum aliis Torgaviæ *d. 21. Febr. 1593.* confirmatum, injurata renuntiatio etiam quoad dotalia bona sufficit. Cujus Statuti mentionem faciunt Moller. *ad P. 2. C. El. 16. n. 11.* Carpzov. *ad eand. def. 8.* Philipp. *ad Dec. El. 25. Obs. 1. n. 7.* Zanger. *de Exception. P. 3. c. 11. n. 189.* Valent. Franc. *de fidejuss. c. 2. n. 202.* Rauchb. *P. 1. qu. 34. n. 74.* Ipsum statutum exhibetur in Leipziger Statutis oder Willkühr *n. 29.* Leipzig. Statuta und Privilegia *p. 259.* ex quo apparet, eam renunciationem SCti etiam non aliter, quam si cum curatore judicialiter facta sit, subsistere.

ctum

ctum quicquam, neque scriptum esset, habetur in *Auth. Si qua Mulier. C. h. t.* qua tamen constitutione non tollitur obligatio conjugis unius pro altero, quæ lege stabilita sit, qualis in favorem causæ primipilaris, pro qua dos uxoris etiam tenetur, *l. 3. C. de Primipil.* ut etiam Vir tenetur pro Tutela uxoris, gesta super liberos prioris matrimonii, contractis ante redditas rationes nuptiis, *l. 6. C. In quib. caus. pign. tac.*

7. Est igitur alias Exceptioni, alias Nullitati locus; Si quæratur, in eventu quæ sit differentia inter hanc utramque viam, nullitatis, & exceptionis, videtur hæc esse, non levis momenti. Si mulier ex intercessione conventa, non utatur exceptione, Judex eam ut naturaliter ac civiliter obligatam condemnabit, quia tacite renunciatum videatur Senatus-Consulto, quod esse in potestate mulierum, *infra* videbimus. At cum intercessio est ipso jure nulla, tametsi nulla utatur allegatione beneficii muliebris, Judex nihilominus eam absolvet, *d. l. 23. §. 1. & d. Authent. Si qua mulier.* De exceptionum quidem hac parte differentia, num Judex omissas supplere possit & debeat, non sunt eædem omnium sententiæ; Tu vide Sandium *lib. 1. tit. 7. def. 2. vers. Et sane ut judex.* cum *def. sequ.* quem locum inferius *ad tit. de Exceptionibus*, excutiemus. De mulierum intercessione non vidi in Foro dubitatum, quin, si mulier aut heredes non provocarent ad auxilium SCti, sed alia ex causa se opponerent, condemnatio fieret. Enimvero condemnata, post sententiam quoque adversus executionem tueri se potest auxilio Senatus-Consulti, *l. 11. D. ad SC. Macedon.* quæ sic argumento satis est, non opposita exceptione Senatus-consulti, tam a filiofam. quam a muliere, fieri condemnationem. Quippe si perseverat in processu litis non uti Senatus-Consulto, nihil præsumi potest, quam nolle, & fidem præferre, quod sine dubio potest, nec justam subesse condemnandi rationem negare fas est, *arg. l. 1. in pr. de Pact.* Pressius ea de re agendum erit *in d. tit. de Except.*

8. Quando igitur mulieris intercessio per hoc auxilium amota est, videndum, quo pacto Creditori succurratur: Inprimis, si mulier totam in se receperit obligationem. Nam in causa participationis non magna est difficultas; quando muliere subducta, creditori in Veterem debitorem integra servatur actio, tam in Fidejussione, quam in Constituto, Oppignoratione rerum, Mandato solvendi, defensione Judiciali, & similibus, *l. 1. §. 2. h. t.* Verum ubi mulier aut novam obligationem in se recepit, Mutuum accipiendo, quod mox alii dederit; aut veterem in se transtulit, expromittendo, res utroque latere non caret δυσθεωρήσει. Nam qui Mutuum a muliere rursus accepit, is Creditori, a quo mulier sumpsit, non est obligatus. Sed Lex eam difficultatem tollit, dando actionem in eum, qui se pro muliere constituit reum, *d. l. 1. §. 2.* Si vero per novationem prior actio sublata sit, tunc in Veterem debitorem actio restituitur, licet ille per acceptilationem quoque sit liberatus, *l. 8. §. 7. & seq. h. t.* ubi restitutoria actio vocatur & *rescissoria*, in *l. 16. C. eod.* idque magis ab effectu, quam a modo agendi, opinor. Potius enim est, ut restitutio illa fiat ipso jure per legem, ut volunt Accursius & Cujacius, contra quos Hotomannum & Donellum sequitur D. Wissenbach. *ad h. t. th. 4.* quasi opus esset judiciali restitutione in integrum. Me non iam movet *l. debitor. 24. h. t.* quæ actionem *statim* in priorem debitorem competere dictat, (cum τὸ *statim* opponatur ibi expectationi condictionis a muliere faciendæ,) quam quod nullum Edictum aut remedium Prætoris implorandum proponitur, & quod Textus simpliciter loquuntur, *Datur in Veterem debitorem pristina actio. d. l. 1. §. 2. l. 8. §. quoties. 7. h. t.* Uno loco scriptum est, *a Prætore restitui priori debitori Creditorem, l. 16. in fin. h.* scilicet, a Prætore ut ministro legis & tribunal habente, non ut auctore Edicti, vel remedio Restitutionis a se reperto, ut in hac ipsa quæstione docet Paulus in *l. 29. fin. pr. h.*

9. Reliqua in *hoc titulo* tradita, referri possunt ad Casus, quibus cessat Senatuscons. Vellejanum, quos memoriæ causa ad duas summas redigimus. Aut enim Causæ respectu æstimantur, vel ex facto muliebri oriuntur. Ad causæ rationem pertinent sequentia. I. Si servus domino, ut manumitteretur, certam quantitatem promiserit, mulieremque dederit fidejussorem: Vellejus in hoc casu tacet, *l. pen. C. h. t.* II. Si pro muliere nubente dotem, promiserit mulier annis 25. major, ut hæc ætas generaliter supponitur, (alioqui minoris ætatis privilegium hoc beneficium reddit supervacuum,) cessat auctoritas SCti, *l. ult. C. eod.* III. Si mulier in rem suam & ad observandum id, quod interest sua, intervenerit, veluti pro suo procuratore, vel pro marito suo, quando fundus dotalis ab eo petitur, *l. 8. §. 1. π. Qui satisd. cog.* Item si defendat eum, qui damnatus regressum adversus eam habeat, veluti emptorem, cui de evictione tenetur, aut venditorem hereditatis, quam ipsa emit,

emit, *l. 3. b. t.* Propria causa mulieris etiam est, quando fidejussori extat heres, quo casu non suæ, sed defuncti personæ respectu convenitur, *l. 8. §. 13. b. t.* IV. Si mulier intercedendo pro alio, se pro minore annis XXV. obligaverit, si primus debitor non sit solvendo; hunc enim potius ætatis, quam illum Senatus-Consulti privilegium adjuvat; alioqui si principalis debitor, pro quo mulier spopondit, solvendo sit, ut minor actionem restitutoriam adversus eum habeat, is perinde atque cæteri, per exceptionem submovetur, *l. 11. in fin.* cum *l. sequ. D. de Minor.* Huc etiam pertinent species factorum, quæ similes intercessionibus, non tamen sunt tales. Sic, etsi pignoris datio pro alio faciat intercessionem, non est tamen intercessio, si creditrix mulier rem pignoratam reddiderit debitori. * *l. 8. in pr. b. t.*

SCHOLIUM.

Si nimirum creditrix mulier rem, quam pignori acceperat, debitori liberaverit, quamvis id ea intentione fiat, ut debitor per novam hujus pignoris oppignorationem ab alio novum debitum contrahere possit, quæ erat ratio dubitandi.

Item si mulier apud Tutores filii sui intervenerit, ne ad prædia ejus distrahenda procederent, iisque indemnitatem hoc nomine promiserit, *d. l. 8. §. 1.* Quanquam alioqui matrem pro filio intercedentem non destituat Vellejani auxilium, imo nec eum, qui mandatu matris pro filii defensoribus fidejusserit, quia regressum adversus matrem haberet, *l. 6. b. t.*

10. Traduntur adhuc alii casus, quibus uxor pro marito, & vicissim maritus pro uxore, *moribus hodiernis*, cessante SCto Vellejano, teneantur, ut si communem negotiationem, mercaturam, vel cauponariam exerceant; si maritus duxerit obæratam, vel contra, ut ait D. Wissenbach. citatis Auctoribus ad *b. tit. tb. 10.* nescio an satis accurate. Nam ex illis causis mulier quidem per virum, sed non pro viro obligatur; verum pro sua parte, tanquam socia, vi Legis, quod nihil habet commune cum Vellejano: Neque Sandius a Wissenbachio relatus Senatus-Consulti in hoc casu meminit, sed Gailius ad casus Senatus-Consulti cessantis hunc etiam refert, *lib. 2. observ. 90. n. 4.* ut & Perezius *ad tit. C. Ne ux. promar. n. 2.* Quæ tamen auctoritates non facient, ut exceptiones sint ejusmodi casus, qui ad regulam non pertinent; Mulier per Virum obligatur duplici causa, Curationis, quia Vir hodiernis moribus est Legitimus Curator uxoris, & jure societatis, qua mulier tenetur de omni contractu durante matrimonio inito, pro parte sua dimidia, in qua specie non magis est intercessio, quam in eo, quod mulier suum maritum ubique fere obligat, pro parte media ex contractibus a se initis in re familiari, vel etiam in negotiatione communi, est intercessio viri pro uxore sua. Denique, nec in eo quod maritus obæratam duxerit, qui sic de ære mulieris alieno teneatur, quem casum illi inter exceptiones etiam collocant, est species intercessionis muliebris; deberet esse maritalis. Sicubi juris sit, ut mulier etiam nubens obærato, de ipsius antiquo ære alieno teneatur, ut scribit Perez. *d. n. 2. in fin.* hæc quidem intercessionis haberet similitudinem. Sed est hoc valde remotum a ratione juris, ut per contractum nuptialem conjuges Contractibus ante matrimonium initis illigentur, meritoque a moratioribus populis in alia omnia itum est: Modo constet de origine debiti antenuptialis, in quem finem recte Vir & uxor consulunt, si exacto inventario sibi caveant; Maxime, qui viduas viduosque adsciscunt, id operam dare debent: alioqui rebus in commune collatis cum alter urgetur executione, res alterius difficulter seorsim custodiuntur. Sed, inquam, nihil hoc ad intercessionem; Ad titulum de Societate, ubi & de Societate conjugali videbimus, hæc melius referuntur.

11. Sequuntur casus, quibus Senatus-Consultum ex aliquo mulieris facto cessat; e quibus primum sit, quando mulier accepta pecunia pro alio intercessit, idque vel in publico instrumento confiteatur, aut aliunde probari possit, *l. 23. in pr. C. b. t.* multo magis, si omnem pecuniam, pro qua fidejusserat, a debitore acceperit, *l. 16. b. t.* Secundum mulieris factum, inferens jacturam SCti, est, si mulier post biennium repetat intercessionem; Tunc enim magis pro sua quam aliena re laborare videtur, ait Imperat. in *l. 22. C. b. t.* saltem obfirmatæ annui intentionis argumentum non patitur, ut lubrico sexus eam ad intercedendum provectam fuisse credamus, *d. l. 22.* Tertius casus est, si callide sit versata mulier, animoque doloso intercesserit, in quam rem Severi Græcum citatur Rescriptum in *l. 2. §. 3. b.* Ταῖς ἀπατώσαις γυναι-

* Apud nos remissio hypothecæ in favorem mariti, quin & ipsi marito ab uxore majore, in judicio cum Curatore facta, non est invalida, *P. 2. C. El. 16.* §. Ob nun. Berlich. *P. 2. Concl. 20. n. 3. sqq.* Zanger. *de Except. P. 3. c. 11. n. 42. sqq.* Carpz. *ad d. C. def. 11. sq.*

ξὶ τὸ δόγμα τῆς συγκλήτου βουλῆς οὐ βοηθεῖ, cujusmodi imposturis non impar esse mulierum genus, ipsa mulier dixit:

> κακῶν δὲ πάντων τέκτονες σοφώταται
> πεφύκαμεν.
> *Malorum quidem omnium natæ sumus artifices*
> *Callidissimæ.*

Exempla referre longum est; Unum narrat Mornacius haud spernendum, ad *h. l. 3. §. 3.* matronæ Parisiensis, quæ marito peregre agente, filiam matrimonio elocaverat, illicio dotis viginti millium coronatorum promissæ; scriptis interea literis ad virum, ne ratum haberet, quod ipsa ejus uxor egisset.

12. Ad hanc causam pertinet tralatitia fraudis via, quando mulier pecuniam ut in suos usus accipit, revera id agens, ut alii credat; idque deinde præferens, & Senatus-Consultum objiciens, non juvatur; siquidem Creditor id ignoraverit, *l. 11. h. t.* nam si Creditor sciverit, non negat Vellejus auxilium, *l. 12.* idemque juris est in translatione veteris alienæ obligationis, *l. 1. C. h. t.* cujus observationis, in hypothesi satis propter diversitatem circumstantiarum intricatam esse difficultatem, & textus & usus rerum docent; quæ omnia non prosequemur: habet quædam D. Wissenbachius *h. t. th. 11.* Sed contrarietas, quæ esse videtur inter *l. 28. §. 1. & l. 13. C. h. t.* cum sit valde *pragmatica*, non potest præteriri, ut videamus, an aliqua civilis concordiæ ratio iniri possit, quando Wissenbachius noster *ἀντινομίαν* esse desperatam, nullus dubitat, ad *h. t. th. 14.* Species *l. 28.* hæc est; Maritus ex conductione debens Sempronio centum, huic fundum uxoris obligat. Uxor volens maritum liberare a Sempronio, adit Numerium, petit ab illo centum mutuo sua fide, ut Sempronio solvat, & eundem fundum a Sempronio liberatum obligat Numerio, bene scienti quid ageret, quid egisset mulier; Locus est Senatus-Consulto. Jam Lex *13. C. h. t.* sic ait; *Si fœnebris pecunia juxta fidem veri a Creditore tibi data est; sive tota quantitas fœnori, sive pars ejus in usum mariti processisse proponatur, decreto Patrum non adjuvaris, licet Creditor causam contractus non ignoraverit.* Contradictio satis, ut apparet, evidens. Utrobique Creditor sciens intercessionis, modo tenetur, modo non tenetur. Puto responderi posse hoc modo: In *Lege 13.* fuit scientia generalis non certa, sed quæ fallere posset; In *l. 28.* erat scientia non modo consilii muliebris in futurum, sed & præsens notitia rei in actum deductæ. Numerius scivit, fundum uxoris jam esse obligatum pro marito; uxorem velle Creditorem viri Sempronium, removere per solutionem; pignori a muliere accepit eundem fundum, qui Sempronio obligatus erat; in medio matronæ conatu liberandi maritum a Sempronio, dedit ei pecuniam in hunc finem: Erat infallibilis scientia. E diverso in *l. 13.* nihil est aliud, quam Creditorem, ad quem mulier accessit, non fuisse ignarum, eam velle marito succurrere, cum id ei aliunde constaret; nec enim mulier id præ se tulit: sed pecuniam pro se petiit, Creditor ei in proprios usus dedit, juxta fidem veri omnia sunt gesta; deinde apparuit, pecuniam omnem, vel ejus partem, in usum mariti processisse. Creditori agenti mulier opponit SCtum; Creditor replicat, in usus tuos accepisti pecuniam, non pro marito. Mulier duplicat, Pro marito destinavi pecuniam, idque tu non ignorasti. Triplicatio Creditoris; Sciebam, te in animo habere, marito succurrere: Sed non fui curiosus in re aliena, forte an non hanc pecuniam alio converteres, marito aliunde consuleres; Poteras ita instituere, Poteras mutare consilium, ut varium & mutabile semper est fœmina. Plane scientia propositi alieni de re futura, in eo, qui non versabatur in ipso negotio, cum nihil adhuc mulier, intercessioni connexum, egisset, qualis est in *l. 13.* non potest comparari cum præsente scientia rei, quæ jam geri cœperat, & quam Creditor non prospiciebat, sed in medio negotio perspiciebat, qualis fuit in *l. 28.* Hæc minime ab usu rerum hominumque videntur esse aliena, & quemadmodum minima circumstantia variat jus, ut vere vulgo loquuntur, ita facere potest, ne diversæ Leges idem subjectum tractare videantur; Oportet igitur, species utriusque legis esse diversas.

SCHOLIUM.

Sed cur hoc oportet? An non potius dicemus, legibus Pandectarum esse derogatum per l. 13. C. hic? *Sane Codex Pandectis derogat. Derogat utique, si modo constet, quod derogare velit, & aperte adsit contrarietas. Hic vero, quamvis verba* d. l. 13. *satis sint generalia, tamen non præsumitur Imperator in eadem indistincte voluisse, ut exceptio SCti cessaret, si uxor nomine suo contractum celebrasset, etiamsi creditor scivisset, subesse intercessionem. Foret enim tunc constitutio hæc contra rationem generalem introducti SCti, quod præ reliquis intercessiones pro maritis pro maxime odiosis habet, & hoc pacto via monstraretur decipere feminas volentibus,*

lentibus, quomodo in fraudem SCti contrahere efficaciter possent.

RESPONSIO.

Bene est, quod ait, Leges Codicis ita derogare Pandectis, si constet, *quod derogare velint. Nihil heic ejusmodi; Nec credibile, quod in re populari novum jus Impp. sancire voluerint, nec id expresserint. Non putamus etiam, quod Impp. indistincte voluerint, ut* SCtum cesset, etiamsi Creditor sciverit. *Sed quia Leges Codicis ad certas factorum species editas esse constat, credendum est potius, diversitatem facti subesse, quam jura esse contraria.*

N. ADDIT.

Uti Scholium meum non contradicit Autori, sed ejus mentem explicat; ita nec hæc responsio contradicit Scholio, sed saltem assensum Autoris declarat. Ergo nulla lis est hactenus inter nos.

Aliter D. Wissenbach. ad h. tit. th. 14.

SCHOLIUM.

Qui varias conciliationes recensens putat subesse antinomiam. Ad Autoris conciliationem proxime accedit Brunnem. ad d. l. 13. *Tu ergo inde disce, si creditor mulierem nomine proprio contrahentem conveniat, hacque exceptionem SCti opponat, & scientiam suam prætendat, præsumptionem esse pro creditore, donec mulier scientiam ejus evidenter probaverit.*

13. Non referimus ad casus exceptos, quod mulieri donanti non subvenitur, *quia non est de regula;* nec si pecuniam mutuo sumat alii donatura, gaudet hoc beneficio; Senatus enim obligatæ mulieri succurrere voluit, non donanti; hoc ideo, quia facilius se mulier obligat, quam alicui donat, ait Ulpianus in *l. 4. b. t.* Est etiam donationis species, quando mulier non obligata nullaque intercessione facta, pro alio solvit, adeo ut solutum repetere nec possit, *l. 1. C. b. t.* cum ejus, quod obligata pro alio solvit, repetitio detur, *l. 40. de Condict. indeb.* Cur tam varie? Quoniam heic ex intercessione solvit, at in *l. 1.* nulla obligatio prævia, nec intercessio intelligi potest. Non est etiam receptus apud nos casus cessantis SCti, si mulier publice exerceat mercaturam, * quod tamen ex Baldi sententia in Foro mercatorum servari, testatur Busius *ad l. 1. in fin. h. t.* & Grœneweg. *ad pr. tit. C. h.* Quod si verum, in Hollandia, ubi passim mulieres in mercatura publice versantur, late patentem haberet exceptionem. Apud nos aliud creditur esse mercatura', aliud intercessio, & sine hac illam bene consistere posse; Quando & jure civili mulierem posse institricem esse, constat *l. 7. §. 1. de Exercit. act.*

14. Ultima cessantis Senatus-Consulti causa, est *Renunciatio,* cujus facultas ei libera permittitur, quia non ad odium alterius, sed ad favorem ipsius, ut ei consulatur, introductum est, ideoque casus hic est sub regula, Quemlibet favori suo libere renunciare posse, *l. 29. C. de Pact. l. 51. C. de Episc. & Cler.* Textus de muliere specialis, est in *l. ult. §. pen. h. t.* his verbis; *cavere debebit mulier, se exceptione non usuram, & sic ad judicem ire.* Facit *lex 21. C. h. t.* ex qua monitum habemus; renunciationem esse angustæ interpretationis, nec ad alios contractus, quam de quibus specialiter actum est, extendendam. Forma renunciationis nulla peculiariter præscripta legitur, non utique opus est, ut in judicio fiat; antequam in judicium partes irent, factam esse vidimus in *d. l. ult. §. pen.* etsi reluctatur Bachovius *1. ad Treutl. disp. 25. th. 4. lit. E.* Verum est, fieri posse, ut eadem facilitate renuntiet mulier, *ita objicitur,* qua ad intercedendum adducta est. At sciendum, mulieri non negari intercessionem quasi penitus incapaci; sed ne lubrico sexus abripiatur: ubi vero certior facta sui privilegii, (nam hoc ad omnem renunciationem requiritur, ut renuncians bene compertum habeat, quid juris sibi competat, cui renunciare parat,) sciens volensque renunciavit, tam determinata voluntas a persona sui juris profecta, non potest ita negligi, ut omni effectu destituatur. Valet igitur renunciatio, licet extra judicium facta.

15. Sed animum tamen advertunt Interpretes quique in fori nostri peristyliis ambulant, haud injuria, ne renunciatio mulierum nimis obvia facilisque habeatur. Requirunt ad simplicem renunciationem Vellejani, ut facta sit in Instrumento publice confecto, & a tribus testibus subsignato, Sande *lib. 5. tit. 11. def. 3.* Lex nulla specialis

* Nostra tamen Ordinatio Cambialis *n. 2.* fœminas proprio, non mariti, nomine mercaturam exercentes, intuitu negotiationis valide fidejubere, nec exceptione SCti Vellejani adjuvari, constituit, licet de hoc beneficio non fuerint admonitæ, nec ei renunciaverint, adeo ut etiam sine Curatore, ac a minorenne quoque mercatrice inita conventio, subsistat, eique restitutionis in integrum beneficium denegetur. §. Welches denn auch krafft diesen. §. Allermassen auch die. Unde non dubitavit, mercatricis intercessionem validam agnoscere *Fac. Jur. Lips. An. 1704. Mens. Jan.*

ea

ea de re lata est, nostrique satis alioquin in confectione instrumentorum obligantium incuriosi sunt, ut *suo loco* videbimus; at tamen in renunciatione Vellejani præcise requirunt formam eandem, quæ præscripta est ipsi intercessioni, in *l. antiqua*, 23. §. 1. *C. h. t.* optima ratione consequentiæ, quam Bartolus & Baldus omnesque probant alii. Sed nostris & Gallorum moribus, ait Grœnewegius ad *d. l.* 23. *C. h. t.* hæc solennitas non requiritur: Sufficit enim, si vel ex proprio chirographo, vel aliunde, mulierem de beneficio sibi competente certioratam, huic SC. legitime renunciasse constet, Bugnon. *de LL. abrog. l. 2. sect. 194.* nisi quibus in locis eadem solennitas Edictis in usum revocata est, de quibus Christinæ. *Vol. 3. decis. 37. n. 10.* De Gallorum autem moribus, quid hactenus velit, nescio; cum ipse referat ad *Princ. d. tit.* per Gallias Edicto Regio hunc titulum esse abrogatum, ex Autumno & Mornacio; quorum hic tamen in istis Galliæ, quæ jure scripto utitur, partibus, eam Constitutionem non fuisse receptam, testatur *ad pr. h. t.* Non æque conveniunt in eo; Si forma *L. Antiqua. 23.* sit omissa, privatoque instrumento comprehensa fuerit intercessio simul ac renunciatio, mulier tamen juraverit, se non usuram SCto, an jusjurandum suppleat defectum formæ legalis. Baldus negat, Bartolus affirmat; ille Juris Civilis, hic Canonici ratione fretus, sicut ad *tit. de Jurejurando* didicimus: Sed Canonicam æquitatem propter horrorem perjurii, Mores fere sequuntur, etiam nostri fori instituto, teste Sandio *d. tit. 11. def. 5.*

16. Porro, quoniam ex *Nov. 72. cap. 3.* Privata instrumenta, quæ habent trium testium subscriptionem, eundem habent effectum, quem ea, quæ a personis publicis conficiuntur, non est a jure & æquitate alienum, hoc ad mulierum intercessiones producere; quod maxime usum habere potest, apud nos & ubicunque alibi mos invaluit, ut instrumenta scripta ab aliis, quam a publicis personis ad instrumenta conficienda ordinatis, *qui vulgo Notarii*, vim probandi in judiciis habeant, ut apud nos servatur, more tametsi non optimo. Existimo, si mulier renunciaverit in instrumento a Procuratore aliave publica persona, licet Tabellio non sit, facto, modo tres adhibiti sint testes; hanc renunciationem cum juris effectu sustinendam: idque, nisi fallor, in hac provincia ordinarium est admitti.

17. Requiritur igitur ad renunciationem Vellejani, primo, ut mulier bene conscia sit privilegii sibi competentis, alioqui non valebit; etsi in instrumento scriptum sit, ut fere solet, eam fuisse doctam & informatam a Tabellione, cum tamen id sæpe negligant, dum interim quod scriptum est, hactenus in instrumento pro veritate habetur, quamdiu contrarium non probatur, *§. ult. I. de Fidejuss. & §. 11. I. de inutil. stipulat.* De certiorationis necessitate, vide Gailium *lib. 2. obs. 77.* Sandium *lib. 3. tit. 11. def. 3. in fin.* qui plures adducit ὁμοψήφους. Secundo requiritur, ut instrumentum sit publicum, & a tribus testibus subscriptum, ut modo dictum; Secus factum, etsi mulier manum suam agnoscat, non valet, ut Curia nostra definivit, apud Sandium *d. tit. 11. def. 2.* Hæc si adsint, juramentum non requiritur, quod de jure civili nullum habet dubium; etsi Interpretes, ratione juris Pontificii habita, quæstionem ut valde ancipitem controversamque tractant, ut videri licet apud Sandium *d. tit. 11. def. 6.* Rursus, inquam, si juramentum adsit, publica forma numerusque testium non requiritur necessario, *def. 5.*

18. Verum muliere nupta, quæ pro marito intercedit, quanto majus est periculum ab auctoritate viri & necessitudine conjugali, ne mulier ad intercedendum trahatur, tanto arctius adstringitur renunciatio *Authenticæ, Si qua mulier.* quæ vetat intercessionem matronæ pro marito proprio. Nam præter publicam formam numerumque trium testium, requiritur omnino jusjurandum, nec hoc defectum publicæ formæ testiumve, suppleț hac parte, ex sententia Baldi in *l. 3. in fin. C. de decur. lib. 10.* ut Sandium probare puto, *d. tit. def. 3.* Verum est, non haberi illic, quod utrumque simul requiritur. Sed hanc ejus esse mentem, liquet inde, quod in *defin. 2.* tradit, ad renunciationem Vellejani, publicum instrumentum & testes requiri tres. In *tertia*, ad Renunciationem *Auth.* jusjurandum requiri, jam supposito publici instrumenti requisito. In *quinta defin.* defectum publicæ formæ & Testium suppleri per juramentum in renunciatione Vellejani; a qua distinguit renunciationem Authenticæ, *def. 4.* ideoque in hac ejusmodi suppletionem non fieri, indicat perspicue. Fuit tamen aliquando ea de re disceptatum in suprema Curia, cum ageretur de intercessione mulieris pro marito facta instrumento per Notarium composito & jurejurando confirmato, sed absque testibus. Ex hac obligatione agebatur hypothecaria in domum

mum mulieris, quæ in folidum fe pro marito cum fuis bonis obligaverat: Pars dimidia tantum eft adjudicata propter defectum formæ & teftium; etfi nonnullis Dominis ita videretur, jurisjurandi religione defectus omnes folennitatis fuppleri. Sed obtinuit præcedens ratio, & Seniorum adfeveratio, hanc effe ab antiquo Curiæ praxin, ut ad renunciationem *Auth. Si qua mulier* pariter & jusjurandum & forma publica, fane tres teftes duntaxat requirerentur. Actum in caufa *Tjenke Hanffen cum foc.* contra *Rommert Folckerts*, cui fe adjunxerat *Nicolaus Raerdt*, ambo *in q. q.* ante vigiliam Quadragefimæ 1680. Sic etiam Jurifconfultos Lipfienfes refpondiffe, fecundum Conftit. Elect. partis 2. *Conft.* 16. notat Beckman. *ad h. t. obf. pract. n.* 11.

19. Alia eft ratio Conftitutionis in *d. l. antiqua.* 23. *C. h. t.* quæ requirit publicam formam, & tres teftes in vulgari interceffione; a qua merito diftinguitur Conjugalis, ut longe periculofior, pro fexus imbecillitate. Quare in illa vulgari interceffione, defectus teftium fuppletur per juramentum, ut decifum eft apud Sandium in *d. tit. def.* 5. Hoc enim fatis in eo continetur, quod Sandius antea docuerat, & nos aliquoties diximus, inftrumenti publici formam & teftium præfentiam jurejurando fuppleri, quando eft omiffa in interceffione muliebri, quæ non fiat pro marito, nec enim aliud eft in *d. l.* 23. Tametfi illa *definitione* 5. abufus eft D. Nauta in fua decifione *Mr.* 112. ad probandum judicatum, quod ipfe Commiffarius Curiæ dederat, inter Creditores, *Bernardi Epai & Annæ Schellingeræ*, qua deciderat, mulierem, quæ pro Viro interceflerat, in privato inftrumento, fine teftibus, fub renunciatione SCti Vellejani *jurata*, valide teneri, die 4. *Julii* 1642. provocat ad Sandium, male, nifi valde fallor, intellectum.

20. Prætereunda non eft hoc loco alia frequentis ufus Quæftio; Quando mulier interceffit pro viro, & in forma debita renunciavit Senatus-C. Vellejano, num quid tunc adhuc uti poffit beneficio *Authenticæ Si qua mulier.* Dicendum eft, fi renunciatio Vellejani facta fit in ea forma, qua renunciatio *Authenticæ* fieri debet, tunc non effe dubitandum, quin mentio Vellejani SCti comprehendat Authenticam, quæ pars eft & acceffio facta Senatus-Confulti. Verum fi mulier pro Viro intercedens, fine jurejurando tribusque teftibus intervenerit, non poteft fieri, ut renunciatio Vellejani generalis faciat, quod fpecialis renunciatio Authent. efficere non poffet, ut demonftratum eft. Quare igitur talis renunciatio fimplex Vellejani non trahitur ad Authenticam? An ideo quia diverfa remedia fint? Non certe. Verum quia requifita, quæ in expreffa Authenticæ renunciatione debent adeffe, ab ea, quæ fub generalibus verbis renunciationem *Authenticæ* complectitur, non abeffe non poffunt, quod velim teneri ad ea, quæ Sandius habet *d. def.* 3. recte intelligenda & applicanda ad ufum. Cæterum, renunciatio legitime facta, mulierem valide ac in folidum obligat, etiam quod ad bona, quæ forte non detulit ad maritum; Nusquam enim legitur hæc limitatio, & perfona obligata, in res ejus omnes agi poffe, tralatitium eft; etfi aliter refpondiffe Lipfienfes, forte ex ratione juris municipalis, notat Bekman. *ad h. tit. Obf. pract. n.* 13.

21. Poftremo ad caufas ceffantis SCti, referri poteft hic cafus; Si mulier, quæ contra Senatus C. fidejuffit, heredibus fuis injunxerit, ut fidem fuam liberarent, ac creditori ex bonis fuis folverent; Etfi enim heredes ex mulieris perfona uti poffe Vellejano beneficio, fatis conftet ex *l.* 20. *C. ad SC. Vellej.* nihil tamen eft, cur hac in parte voluntati ejus contrariæ parere non debeant, æque ac omnibus teftamenti Præceptis licitis ac honeftis, Sand. 3, 11, 7. Eft alioqui in heredibus liquidior & frequentior hujus beneficii ufus, quam in ipfis mulieribus intercedendi reis; quas pudor & confcientia proprii facti fæpe retardat ab ufu privilegii, adverfus expreffam voluntatis fuæ declarationem; quæ ratio in heredibus ex alieno facto interpellatis, non movet tantam difficultatem.

22. Sed dices, an igitur mulieribus falva confcientia non licet uti Vellejano? Diftinguendum puto; fi calliditate, blanditiis, reverentia mariti, aliorumque, fuave imbecillitate & imprudentia ad intercedendum adductæ funt, videntur falva bonæ confcientiæ teffera, juris publici, quod ratione probabili fubnixum eft, beneficium adhibere poffe; non etiam, fi deliberato confilio & determinata voluntate amicis fuccurrere voluerint; idemque de Senatus confulto Macedoniano conftituendum. Plenius hunc locum, ut communem, tractavimus in Quæftione de obligatione ex Teftamento imperfecto, quæ eft in *lib.* 4. *Digreff. c.* 35. & *feqq. part. I.*

TIT. II.

TIT. II.

De Compensationibus.

I. Remissio ad partem primam; quid differat a Reconventione compensatio. II. Res, quæ compensentur, debere esse tales, in quibus nulla sit inæqualitas. III. Debere etiam esse liquida, non controversa debita. IV. Nec operari Compensationem, nisi ab eo tempore, quo debitum vere liquidum est factum. V. Non Compensari, quod tempore judicii jure peremtum est, et si olim tempore mutui debiti validum fuerit, quod exemplo declaratur. VI. Idem pressius demonstratur ad usum, remotis, quæ objecit Thomasius. VII. Genera debitorum, quæ non compensantur. VIII. Quatenus in publicis debitis Compensatio locum habeat. IX. Neminem posse compensare in causa aliena. X. Procuratorem in rem suam tam facere, quam XI. Pati compensationem ejus, quod cedens, aut cedenti debebat, vel debebatur. XII. Etiam quod post cessionem debebat, debere cœpit ante intimationem cessionis debitori factam. XIII. Quid si facta sit post in jus vocationem cessio, & dein Compensatio objiciatur. XIV. An cesset Compensatio adversus cessionarium, qui habuit hypothecam generalem in bonis cedentis ante cessionem. XV. An aliud juris in cessione necessaria. XVI. Quo sensu in deposito & invasione cesset Compensatio. XVII. Casus alii cessantis Compensationis.

Materiam de Compensationibus occupatam *ad tit. Inst. de Action. n. 29. p. 414.* more hujus instituti recensebimus. Habuimus ibi definitionem, quod sit *debiti & crediti inter se contributio*; explicationem, quare olim in actionibus stricti juris non obtinuerit, quomodo fiat ipso jure; denique in actionibus restitutoriis quo pacto applicari potuerit; Cur autem heic, medio contractuum loco, de illa agatur, non est difficile cognitu, quando nihil in mutuo cæterisque pecuniariis causis frequentius est, quam Compensatio; quæ dicitur etiam *mutua petitio in l. 6. h. t.* etsi minus proprie, cum vox illa potius Reconventioni, a qua Compensatio diligenter est separanda, conveniat. Nam Compensatio fit *ipso jure, l. 4. h. t.* suum habens effectum sine ulla petitione, & ante omnem petitionem, ut *d. loco in parte prima* exposuimus; etsi ad ultimum effectum sine mentione ejus & oppositione, quæ fiat in judicio, perveniri nequeat; uti hoc sensu *mutua petitio* dicta fuerit, improprie & caute intelligendo verbo: ne quis *petitione* opus esse putet ad compensandum; cum etiam nullo actu, nullo facto intercedente fiat; Unde Procurator, qui nomine domini utitur jure compensandi, subtiliter *nihil compensare dicitur*, id est, actu aliquo compensandi jus acquirere; cum potius inde ab initio minus ab eo petatur, *l. 21. h. t.* Ponamus casum, ut hæc res, in qua cardo tituli vertitur, melius intelligatur. Cajus debere cœpit Titio *ducentos* aureos ante biennium, sub usuris, Titius post annum Cajo vicissim in *centum* obligatus est, sine usuris. Titius utriusque debiti gnarus, petit a Cajo centum aureos, quia novit alteros centum cum iis, quos ipse vicissim debet, a primo statim momento, quo suum debitum est ortum, fuisse compensatos & extinctos, ergo *non Compensat*, hoc est, actum aliquem Compensandi non instituit, *sed ab initio minus petit*, ut Paulus acute notat in *d. l. 21.* Nec quidem usuras illorum centum, a primo Compensationis momento debet; quia forte extincta, palam est quoque, usuram in continenti extingui, quarum cursus, si Compensatio esset petitio, usque ab objectum in judicio debitum reciprocum duraret, *l. 11. h. t.* Manifestum est igitur, Cajum reum non debere, quod Titius creditor ipsi vicissim debet: ideoque si oblitus Compensationis totum solverit, non tantum ex suo credito, quod remansit, actionem instituere, sed etiam quod solvit, ut indebitum, condicere potest, *l. 10. §. 1. h. t.*

SCHOLIUM.

Sæpius diximus, distinctionem inter ea, quæ ipso jure actionem tollunt, & quæ ope exceptionis, hodie parum habere usus ratione processus nostri: At in Compensatione usus aliquis est. Si enim ope exceptionis tolleret obligationem, ut olim in stricti juris judiciis, non competerent ei effectus, quos nunc habet, de quibus vide Struv. h. t. th. 27.

RESPONSIO.

Bene est, quod tandem hujus discriminis aliquem intelligit usum superesse Thomasius: non deesse alios usus haud minus notabiles in ipso processu, jam demonstratum est ad tit. præced. n. 7.

N. ADDIT.

Illud bene est *non multum juvabit Autorem. Sed sententia nostra saltem limitationem accipiet. Nimirum manet verum: Differentia, utrum obligatio tollatur ipso jure, an ope exceptionis, nullam habet utilitatem, excepta doctrina de compensationibus. Ad illos alios usus vero, jam supra respondimus in novis additionibus ad finem tituli de condictione ob turpem causam. Exinde autem facile respondere possumus ad novam objectionem Autoris, quæ provocat ad* n. 7. *tituli præcedentis. Age videamus. Ita vero ibi ratiocinatur:* Si mulier ex intercessione conventa, non utatur exceptione, Judex eam ut naturaliter ac civiliter obligatam condemnabit, quia tacite renunciatum videatur SCto. At cum intercessio, de jure novo est ipso jure nulla, tametsi nulla utatur allegatione beneficii muliebris, Judex nihilominus eam absolvet, *d. l. Antiqua. 23. §. 1. C. h. d. Authent. Si qua mulier. eod.* De mulierum intercessione non vidi in foro dubitatum, quin, si mulier aut heredes non provocarent ad auxilium SCti, sed alia ex causa se opponerent, condemnatio fieret. *Ego vero ad ista respondeo, peti in hac assertione Autoris id concedi, quod est in principio quæstionis. Ajunt quidem istæ leges Codicis, nullam esse mulieris intercessionem, non ajunt, Judicem eam condemnare debere, si hanc exceptionem nullitatis non alleget. Imo Autorem opponimus Autori, scilicet verba statim sequentia.* Enim vero condemnata, post sententiam quoque, adversus executionem tueri se potest auxilio Senatus-Consulti, *(quod certe supponit casum, quod judex mulierem, non allegantem exceptionem, nullitatis condemnaverit.) l. 11. ff. ad SCt. Macedon.* quæ sic argumento satis est, non opposita exceptione SCti tam a filiofamilias quam a muliere, fieri condemnationem. Quippe si perseverat in processu litis non uti SCto, nihil præsumi potest, quam nolle, & fidem præferre, quod sine dubio potest, nec justam subesse condemnandi rationem, negare fas est, *arg. l. 1. in pr. de pact. Hanc contradictionem Autoris uno quasi halitu proditam, conciliet qui potest, ego quidem nequeo.* *

2. Ex hac immediata virtute Compensationis, sine ullo dicto factove humano, quale genus rerum, quæ compensentur, esse oporteat, intelligi potest; scilicet, ejusmodi res, inter quas est perfecta æqualitas, ita ut una alterius vice promte & expedite fungi queat, nec opus sit aut decisione quæstionis, aut taxatione disparitatis, vel affectionis, quæ discrimen utriusque facere possit: Cujusmodi exacta æqualitas vix aliis in rebus quam in his, quæ *fungibiles* dicuntur, & pondere, numero, mensura constant; imo forte vix aliter invenitur, quam in pecunia utrimque debita, vel in rebus ejusdem naturæ, quando in genere debentur, ut cum utrimque debetur equus, utrinque bos, non hic aut ille equus vel bos, sed bos, vel equus in genere: Nam in hoc bove aut illo bove vel equo, semper aliqua est inæqualitas & affectio: imo inter vinum & vinum, oleum & oleum, frumentum ac frumentum, si in specie debeantur; vix unquam non aliqua est inæqualitas; quæ factum arbitriumque hominis requireret, quod, ut dictum, non admittit compensatio. Adde Wissenbachium ad *h. tit. th. 1.* ubi, quo sensu in actionibus restitutoriis, quæ de corporibus agunt, ut Rei vindicatio, Commodati, Pignoratitia, similesque, locum habeat compensatio, quod & a nobis explicitum *d. loco ad Instit.*

3. Immediata illa compensandi ratio, vult etiam, ne debita sint illiquida & controversa, cum alioqui factum hominis sit necessarium, ad æqualitatem utriusque debiti constituendam, quod viæ operationis, quæ fit ipso jure, contrarium est, *l. ult. C. de Compensat.* Ideoque in talibus opus est Reconventione; Quod si in eadem instantia Compensatio moveatur, & res altioris est indaginis, Judex eam præteribit, & in aliam rejiciet instantiam, quæ est sententia *d. l. ult.* Forte nonnihil est discriminis inter illiquida & controversa:

* Tentabimus tamen conciliationem eorum quæ ab Autore hic dicta sunt. Mulier *duplici ratione* se tueri potest, & debet, aut *opposita exceptione SCti*, si pro marito non intercessit, sed pro alio, instrumento publice confecto & a tribus testibus subsignato, ex præscriptione scilicet *l. Antiqua. 23. §. 2. h. ad SCtum Vellejanum; aut exceptione nullitatis*, in intercessione pro Marito, aut in alia non ex præscripto dictæ *l. 23.* facta. Effectus in utroque casu est talis: & quidem *in priore* Mulier ex fidejussione conventa non utitur exceptione; Judex eam condemnat, adhuc ea uti potest adversus executionem, & Judex succurrit; ast illa non utitur, & Judex sententiam suam exsequitur: *in posteriori casu*, Mulier nullitatem negocii opponit, Judex eam absolvit; ast mulier eam non opponit, Judex, quod nihil actum esse videt, non condemnat. Videtur adeo adhuc superesse aliquis alius, quam ille, quem Illustris Adversarius admittit, discriminis, inter ea quæ ipso jure actionem tollunt, & quæ ope exceptionis, usus.

troversa: Illustratur tamen hæc res per ea, quæ sequuntur.

SCHOLIUM.

Moribus nostris, si actor petit debitum per processum ordinarium, etiamsi intentionem suam postea per documenta probaverit, reus tamen exceptionem compensationis probaturus, etiam per testes aut jurisjurandi delationem id facere poterit. Si vero creditor per processum summarium executivum petat debitum, non nisi per alia documenta compensatio probari debet. Conf. not. ad Strauch. XVII. 10. p. 193.

RESPONSIO.

Ita Carpzovius P. 1. l. 8. D. 13. 14. 15. *Apud nos quidem nihil certi præscriptum; vel, quod sciam, receptum est. Distinctio tamen inter processum ordinarium & summarium, sine dubio valebit; In summario non habebitur ratio Compensationis, nisi in continenti probetur, ut est notissima praxis, & probatur a Sandio* l. 8. 3. verf. Reliquæ quoque except. *Hinc etiam in oppositione contra declarationem impensarum, non admittitur compensatio debiti, contradicente adversario, ut Curia rescripsit* ad libellum supplicem Bernardi Johannis de Vries, 13. Sept. 1679. *sed arresto pecunias detinere nihil vetitum est*, d. 21. Mart. 1680. ad lib. Y. br. Just. Heins. *In ordinario processu videtur apud nos distingui, utrum Conventio, interlocutionis ad probandum egeat, an juris tantum sit, ut sine interlocutione statim definiatur. Si non fiat interlocutio propter conventionem, & Compensatio facti sit, propter eam non fiet interlocutio, sed ad aliam instantiam remittetur. Interlocutione facta, Reus ad probandam Compensationem indistincte per instrumenta vel testes admittetur, etsi actor nihil quam instrumenta produxerit, modo intra terminum probationi hinc inde præfixum, & debitum non sit illiquidum, hoc est incertæ quantitatis; quod plane viam Compensationis aversatur; Unde liquet, debita* controversa *posse compensari, si intra terminos ordinarii processus probata fuerint*; Illiquida, *quorum quantitas adhuc invenienda est, nullo modo posse Compensatione tolli.*

N. ADDIT.

Nulla hic lis inter nos. Loquor de moribus nostris, Autor de sua patriæ moribus.

Quod tamen requisitum ita non est accipiendum, quasi quælibet contradictio rem faceret illiquidam: modo judex, sine longiori indagine rem cernere possit; inania κεσοφύγετα, quæ nunquam desunt, compensationem sufflaminare nequeunt. Ideoque potest etiam compensari, quod est hujus generis, etsi cum actore lis eo nomine contestata sit, *l. 8. h. t.*

4. Sed ut vere illiquida & controversa repudiant hoc remedium, ita nimis subtile est, quod aliquos ea natura compensationis, *ipso jure*, colligere, & in Foro contendere memini; postquam illiquidum & controversum debitum, Judicis officio decisum & ad liquidum redactum est, usuras debiti adversi & *liquidi*, extinctas intelligi ab eo tempore, quo in rei veritate mea pecunia jam fuit debita, tametsi causa mea controversiis & calculi tricis aliquandiu fuerat implicita. Sed merito non fuit admissa subtilitas illa in Foro. Compensatio enim effectum habere non potest ab eo tempore, quo debitum non erat habile ad compensandum: Atque ut fallacia hujus intentionis melius detegatur, observandum est, vim compensationis, qua operatur ipso jure, non consistere in eo, quod aptitudo compensatoria debiti ex postfacto, ut loquimur, detecta retrotrahitur ad primum initium debiti; sed quod debitum ab eo primum tempore, quo vere fuit aptum ad compensandum, virtutem illam obtinuisse ponitur, eique tribuitur effectus extinguendi debitum reciprocum, antequam in judicio moveatur. Quod non est liquidum, non potest compensari; proinde ab eo demum tempore, quo liquidum est factum, vim compensandi habet; vis *ipso jure* operandi, non fingit fuisse liquidum, quod tale non erat, nec proinde effectum ei dare potest liquidi, quando non fuit liquidum. Debitum igitur antequam sit liquidum, non potest extinguere usuras adversarias; sed jus compensandi incipit a tempore, quo decisa controversia & incertitudo sublata est, eaque est sententia *d. l. ult. C. h. t.* nec aliter *omni die* servatur.

5. Ad illustrandam hanc viam operandi ipso jure, referemus exemplum, & quæstionem Juris inde resultantem, cujus similes frequenter usu venire possunt. Curator liberorum cujusdam mercatoris vinarii, petebat centum aut circiter pro vino a defuncto vendito; Heredes debitoris, qui fuerat conductor vectigalium, volebant compensare fere sexaginta florenos pro vectigali, quod defunctus adhuc debebat. Actor replicabat, ei debito esse præscriptum per legem generalem, vectigalium conductoribus præscriptam, *artic. 28.* qui dictat; Publicanos debita sua petere debere intra bimestre spatium; ni faciant, privari jure paratæ executionis; finita conductione,

 debere

debere adhuc peti intra idem tempus bimestre, sub pœna amissæ actionis, *by pœne van verstek*. Hoc autem posterius bimestre spatium, tempore judicii incepti in illa causa, pridem erat elapsum. Duplicabat reus: Quo tempore debitum vectigalis mihi competiit, tuum creditum jam natum erat: Ideoque eo ipso tempore, quo tu mihi vectigal vicissim debere cœpisti, tuum creditum ad concurrentem quantitatem extinctum est; itaque de præscriptione jam quæri non potest; sed tu quod ultra *sexaginta* tibi debetur, tantum petere potes, reliquum jam olim extinctum est. Τὸ κρινόμενον in hoc vertitur; An quod ipso jure fit compensatio, id in continenti postquam vicissim deberi cœpit, in actum exercitum deducatur, an vero tempore petitionis id, quod mutuo debetur, pro soluto quidem habeatur, ut tamen eo tempore, quo petitur, ejusmodi esse debeat, ut nulla exceptione possit elidi. Quod verius: Nam quæcunque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt, ait Ulpianus in *l. 14. h. t.* Idque indistincte, sive post nativitatem reciproci debiti, sive ante eam nata sit exceptio.

6. Quid enim? Debeo tibi centum ex mutuo; Inde post annum ex alia causa tu debere mihi cœpisti tantundem. Post mensem extorqueo tibi alios centum. Tu mox petis tuos centum: ego oppono compensationem. Excipis de vi facta, & ais; tuum creditum tibi non prodest, quia tantundem mihi per vim extorsisti; ac ita repelleris per exceptionem Quod metus causa. Ego; vis demum facta est inde post mensem, a concursu utriusque crediti tam mei quam tui; & tunc compensatio tuum creditum jam extinxerat: de mea vi potes alias agere, si libet, & est factum controversum. Hæc compensatio facta est ipso jure, debitum fuit extinctum ante vim factam. Ergo manet extinctum hodieque. Sic ego. Sed ratio vult, vis facta noceat auctori, nec is retro compensare queat debitum, quod justissima exceptione in irritum cessit, ideoque exceptio quod metus causa. compensationem excludet, *d. l. 14.* Ac ideo debitum compensandum tempore petitionis tale sit oportet, quod seorsim spectatum per exceptionem elidi nequeat: Quando ejusmodi est in præsenti, tum perinde habetur, ac si primo ortu debiti reciproci soluta esset pecunia, quod est *ipso jure compensari:* Verum si tempore petitionis, exceptione per se tolli queat, tunc illa reputatio non habet fundamentum. Sic igitur debitum Actoris in nostra quæstione, non fuit actu extinctum primo reciproci debiti momento: sed tempore petitionis quærendum fuit, an hoc reciprocum debitum esset habile ad petitionem: Cum non esset, inde ab initio reputari retroque currere non poterat. Atque ita judicatum, & omissa compensatione, Reus est condemnatus, in causa *Johannis Hixenii Curatoris liberorum Andreæ Conteri, adversus heredes Nicolai Balk; ante ferias O. S. 1681.* Facit huc, quod si Judex rationem compensationis non habuerit, debitum compensabile adhuc peti possit, *l. 7. §. 1. h. t.* Ergo ejusmodi esse debet, ut peti queat, si tale non sit, nec compensari potest, ut fit in præscriptione. Thomasius hac de re prolixam apposuit animadversionem, quam prætervehi non licebit;

SCHOLIUM.

Autorem ita intelligo. Ante annos viginti mutuo mihi dedisti centum, hodie tibi centum in mutuum concedo, hæc post decennium a te repeto. Tu mihi exceptionem compensationis opponis, quæritur, an recte? Negat Autor, quia mihi competit hodie replicatio præscriptionis, quamvis eadem mihi non competebat, cum centum tibi mutuo darem. Si igitur hæc est mens Autoris, dissentire ab ejus decisione licebit, eandemque invertere dicendo, hoc casu ideo non posse opponi præscriptionis exceptionem, quia eadem tempore orti debiti non competit. Et enim orti debiti tempore compensatio statim subsuit, & obligationem prioris debitoris ipso jure sustulit, ac ita præscriptionem per necessariam consequentiam interrupit. Quod si alia sit Autoris sententia, mallem, ut mentem suam apertius edidisset. Nam quod l. 14. h. t. *concernit, illa de præscriptione nihil, sed hoc saltem inculcat, quod ea, quæ per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniant, v. g. Tu mihi centum debes ex mutuo, postea metum mihi incussisti, ut tibi centum promitterem, quæritur, an mihi condictionem certi ex mutuo adversus te instituenti, compensationem opponere valeas? Negatur, quia debito, cujus gratia compensationem opponis, ego juste objicio replicationem quod metus causa. Sed quid si casum formemus aliter? Debes mihi centum ex mutuo, postea incipio tibi centum v. g. ex empto debere, tu vero pactum mecum inis, quod ista centum petere nolis. Ago tecum ex mutuo; opponis mihi exceptionem compensationis; replico, quod pactus fueris mecum de non petendo; an replicatio mea tollet exceptionem tuam? Ita videtur, arg.* d. l. 14. h. t. *Sed ego subsisto. Nam quamprimum tibi centum*

ex

ex empto incepi debere, ipso jure sublata fuit tua obligatio ex mutuo, & adeo pactum, sive statuas, id secundum mores Romanos ope exceptionis tollere priorem obligationem, sive secundum mores nostros ipso jure, tamen hoc in casu fuit frustraneum, quia nihil quod tolleret adsuit. Uti enim obligatio mea ex empto tuam obligationem ex mutuo sustulit, ita eodem momento tua obligatio ex mutuo abstulit meam ex empto obligationem: unde sequitur, si revera nihil ex empto debui tibi, nec tuum pactum de non petendo, quæ ex empto tibi debeo, ullam efficaciam habere posse, cum non entis nulla sint accidentia; adde argumentum l. 10. §. 1. h. *& quæ Autor inde notat* posit. 20.

RESPONSIO.

Tres casus proponit Thomasius. Primus est maximi usus, & convenit cum exemplo rei judicatæ, quod nos dedimus: de quo judicandum ex iis, quæ diximus. Secundus casus male ad hoc quæsitum ab illo proponitur; ponit debitum prius justum, & posterius metu contractum, debuerunt esse tres termini, debitum prius justum, posterius æque justum, deinde metus ad dandum illatus, ut nos retulimus hac thesi 6. *Tertium exemplum bene subductum est, habens tres articulos, duplex debitum, & pactum liberatorium. Cogitur fateri Thomasius, eum, qui promisit, se non petiturum debitum, hoc ipsum compensando recuperare non posse,* in d. l. 14. *Quæ disputat in contrarium, juris & æquitatis solidum examen nullo modo ferre possunt. Et tamen si hoc casu compensatio non potest fieri, contra fidem pacti, sicut profecto non potest; manifestum est, in cæteris exemplis eam nihilo magis esse admittendam.*

N. ADDIT.

Regero I. Primum exemplum non convenit cum exemplo rei judicatæ, quod attulerat Autor, cum ego loquar de exceptione præscriptionis, Autoris casus de exceptione metus, de qua Scholium meum non est sollicitum, sed tantum de præscriptione. Et casus sunt etiam aliis in capitibus diversissimi. II. Si esset convenientia, meæ objectiones de primo casu, ad quas nihil respondet Autor, obstarent etiam rei illi judicatæ. III. In secundo exemplo nihil affertur, cur casus, quem ego formavi, non magis quadret ad exponendam d. l. 14. *& omnino nihil vel in ipsa lege reperitur, vel ab Autore affertur, cur in casu legis debeant esse tres termini &c. IV. In tertio exemplo, initio mentem meam non ingenue explicat Autor. Is qui dicit ut ego:* Ita videtur, sed subsisto. Nam &c. *non confitetur priorem sententiam, sed affert saltem rationem dubitandi Pro una parte. V. Igitur debuisset Autor ad rationes dubitandi a me pro altera parte adductas, aliquid saltem respondere, quod cum non fecerit, meliori jure ipsi poteram occinere, quod eas confiteatur. VI. Nec illud omittendum est, quod ipse Autor in casu rei judicatæ referendo valde variet, quod profecto indicium est non optimæ causæ in ista re judicata. Nam in priore editione prælectionum anno 1689. publicata, plane aliter legitur:* Debeo tibi centum ex mutuo: Inde post annum ex alia causa tu debere mihi cœpisti tantundem. Post mensem extorqueo tibi acceptilationem mei debiti. Tu tamen mox petis tuos centum ope testium. ego oppono compensationem, factam cis annum a tuo credito. Excipis de vi facta. Ego; vis demum facta est inde post mensem, & tunc compensatio tuum creditum jam extinxerat: de mea vi potes alias agere, si libet, & est factum controversum: Hæc compensatio facta est ipso jure, debitum fuit extinctum ante vim factam. Ergo manet extinctum hodieque. Sic ille; *Unde & coactus est Autor postea verbum mutare in responsione ad casum secundum. Nam in illa responsione scriptum lego:* Debuerunt esse tres termini: debitum prius justum, posterius æque justum, deinde metus ad *liberandum* illatus. *Nunc vero legitur secundum correctionem textus:* deinde metus *ad dandum* illatus.

7. Cæterum, ex qua causa debitum oriatur, etsi ex rigore Juris peti nequeat, quantum attinet ad Compensationem, non distinguitur, adeoque naturalia tantum debita recte compensantur, *l. 6. h. t.* juncta *l. 7. pr. & §. 4. de Pactis.* Quod autem in diem debetur, non recipit compensationem, quia nondum exigi potest, *l. 7. in pr. h.* secus est, si dies adjectus sit executioni, non obligationi: nam qui sententiam obtinuit, intra quatuor menses dilationis causa damnatis indultos, conventus compensare potest, *l. 16. §. 1. h.* Culpas & debita ex maleficiis etiam, si pecuniaria sint, ut Furti, injuriarum, compensari possunt, *l. 10. §. 2. h. t.* Sic dolus cum dolo compensatur, *l. 36. de dol. mal.* Exemplum aliud est in *l. ult. §. 3. De eo, per quem fact.* Eodem pertinet injuriarum quotidiana compensatio. Graviora crimina compensationem ignorant, sed auctores utrimque meritis pœnis sunt adficiendi, *l. 13. §. 5. D. ad L. Jul. de Adult.* Sic Vir, qui pudicitiam ab uxore exigit, si ipse eam non præstet, res ob compensationem mutui

criminis inter utrosque non communicatur, sed uterque damnatur, *d. §. 5.* quod nec aliter est, si contingat, Virum & uxorem in mutuam indulgentiam ultro citroque consentire, cujusmodi flagitiosæ conventionis exempla non desunt. Ab eo, quod mutuum adulterium compensatione non tollitur, *dissentit Innocentius III. Pontifex*, in *c. ult. X. de Adult.* ait D. Wissenb. *th. 5. b.* Enimvero est aliud quod Pontifex ibi docet: Causam divortii ab altero instituendi, illo casu cessare, docet Pontifex, non male, ut opinor; de pœna criminis ibi non agitur, quod nobis est propositum: sed pecuniaria crimina, publica licet, omnia compensantur, ut est Annonæ crimen, *l. 17. h. t.* quod est pecuniarium, *l. 2. §. ult. ff. ad L. Jul. de Ann.*

SCHOLIUM.

In criminibus distingue interesse privatum a publico. Ratione illius compensatio admittitur, l. 39. & l. 47. Solut. matrim. cap. ult. de adult. *non vero ratione hujus*, d. l. 13 *§. 5.*

RESPONSIO.

Locuti sumus de crimine, qua tali, cujus animadversio ad Rempubl. spectat. Verum est interim, quod monet Thomasius, eoque pertinet id quod dixi, adulterium utriusque conjugis divortii causam tollere vi compensationis; ac ita in aliis.

N. ADDIT.

Ergo hic iterum consentimus.

8. In fiscalibus debitis habere locum Compensationem, docet Ulpianus in *l. 12. h. t.* Limitatio addenda ex *l. 1. C. h. t.* quatenus eadem *Statio* quæ petit aliquid, debeat, hoc est, idem Curator in certo loco rei fiscalis, vid. Gothofr. *ad d. l. 1.* ne confusio rerum fiscalium e promiscuis compensationibus oriatur. Debita Reipubl. seu civitatis, etiam compensantur, *l. 3. C. h. t.* sed exceptiones ibi sunt plures. Prima est, *si ex Kalendario* debeatur, hoc est pecunia fœnebri, ut omnes interpretantur; nam Kalendarium est liber rationum, in quem fœneratitiæ pecuniæ, computato ad Kalendas fœnore, referebantur, probante Brissonio *de V. S. ad illam vocem.* An hoc hodie locum in omni credito fœnebri civitatum habeat, equidem dubito; Quando non Kalendariis, sed propriis instrumentis singulæ crediti species continentur; Durum certe foret, si nostrates ære alieno mersæ civitates, a creditoribus suis, quibus solvere non possunt, adhuc, quod ipsi vicissim debent, exigere possent; vix credo, compensationem negatum iri, nec quod de Kalendario apud Veteres cautum, hoc ad fœnebres pecunias stipulationibus interpositis & traditis instrumentis contractas, esse transferendum. Justior est ratio exceptionis in vectigalibus, * in frumenti vel olei publici pecunia, in tributis, alimentis, fideicommissis, & pecunia statutis sumptibus destinata, quæ traduntur in *d. l. 3.* de quibus videsis Donellum *ad l. eand. 3.*

9. Restat locus de personis, quæ compensare possint. Et est regula, Unusquisque creditorem suum eundemque debitorem summovet, si paratus est compensare, *l. 2. h.* etsi juraverit, se soluturum, *per ea, quæ de Vi compensationis pari cum solutione*, dicta sunt ex *l. 21. h. l. 4. C. h. t.* Wissenb. *ad h. t. th. 4.* Intelligitur autem quisque compensare, quod sibi, non quod alii debetur, nec contra alium, *l. 9. C. h. t.* Adeo ut hæres non patiatur compensationem ejus, quod ipsius cohæres debet, *l. 16. in pr. h. t.* Sed filiusfam. recte compensat, quod Patri debetur, ob vinculum unitatis personalis, quod facit patria potestas, modo caveat, Patrem, quod egit ipse, ratum esse habiturum, *l. 9. §. 1. h.* Procuratores, & Tutores, suo nomine conventos, non posse compensare, nec vice versa pati compensationem ejus, quod domini aut pupilli debent, ex *d. l. 9. C. & l. pen. D. h. t.* manifestum est. Sic etiam qui alium suscipit defendendum & pro illo intervenit, non potest compensare quod actor ei debet: Sæpe ita usu venit; Primus petit a secundo mille florenos, Reus excitat Tertium, cui primus tantundem debet; Hic pro illo intervenit eumque defendit; Admissus ad defensionem, opponit ei compensationem. Non auditur, quia causa est aliena. Et ita judicatum *inter Epæum Epæi cum uxore*, contra *Annium Hannonis intervenientem pro Merico Merici*, *19. Martii 1636.* Rursus inter *Johannem Hilarii, & Johannem Nicolai Chirurgum Juweranum intervenientem, suo &c.* teste Nauta in *decis. MS. 55.*

10. Sed Procurator in Rem suam, qui donatam, venditam, in solutum datam, aliove titulo proprietatis actionem habet translatam, quia loco domini habetur, recte compensat id quod primævo creditori debetur, *etiam* post litis contestationem,

* Conf. tamen de compensatione ratione tributorum ordinariorum, der Bartholomæi-und Lætare-Steuer, *Edict. Elect. d. An. 1671. tit.* Straffe derer, welche ihre Landtranck-Steuer. *App. Corp. Jur. Sax. p. 157.* adde Schilter. *ad ff. Ex. 28. §. 39. j.* Ziegler. *de Jur. Maj. l. 2. c. 3. th. 58.*

tionem, *l. 18. h. t.* ubi illud *etiam* fubintelligimus, nec ut verba, *poft litis conteftationem*, excludant tempus ante litem conteftatam: nam & tunc ceffionarius habetur loco domini, *l. 55. de Procurat.* & datur ei perfecutio pignorum, quæ cedenti competebant, *l. 6. & l. 7. C. de O. & A.* proinde compenfare poteft, fuppofito eo, quod Thomafius heic monendum putavit.

SCHOLIUM.

Concedimus, fi denunciaverit debitori ceffionem fibi factam, Struv. h.t. th. 25. n. 6. *aut, quod videtur perinde effe, actione utili debitum petierit*, arg. d. l. 55. de Procur.

Wiffenb. *ad h. t. n. 10.* Poteft etiam dici, verba, *poft litem conteftatam, d. l. 18.* ideo effe inferta, quia vix eft, ut Compenfatio a Procuratore in rem fuam, aliter quam poft litem conteftatam objici poffit. Præfupponit enim Reconventionem, ut ipfa *l. 18.* indicat; ex. gratia, Primus cedit Secundo debitum mille florenorum, quos Tertius debet. Hic conventus & litem conteftatus, inftituit reconventionem, & ait, fibi viciffim deberi a Primo fexcentos, ideoque fe tantum ad quadringentos teneri folvendos. Secundus replicat, illos fexcentos pridem alio debito paris quantitatis effe fublatos: atque hujus replicationis vix aliter, quam poft litem conteftatam, ufus effe poteft.

11. Sed an cesfionarius etiam patitur compenfationem ejus, quod cedens vicisfim debet ceffo, id eft ei, contra quem cesfio data eft? Plerique diftinguunt inter cesfionem ex caufa onerofa factam, & ex lucrativa. Ex hac pati debere compenfationem, ex illa non cogi; fcilicet, quando agit utili actione fuo nomine: Si directa agat nomine cedentis, omnino pati debere compenfationem, ne debitoris conditionem faciat deteriorem; Ita Doctores *communiter* tenere, teftatur ipfe ita fentiens Wiffenbachius *ad h.t.th.10.* Aliter Thomafius.

SCHOLIUM.

Malo adfertionem contrariam, abfolute & absque diftinctione hujus & fequentis pofitionis, defendere, per ea, quæ ad Strauch. d. l. pag. 194.

RESPONSIO.

Recte, per ea, quæ fequuntur.

Secundum illam quippe Communem, femper erit in poteftate Cesfionarii, conditionem debitoris facere deteriorem, auferendo illi Compenfationem; fi quidem in ejus arbitrio eft, utilem, loco directæ, actionem inftituere. Natura compenfationis non videtur etiam recipere diftinctionem onerofæ aut lucrativæ ceffionis, ut exemplo patebit. *Primo* debebantur fexcenti a Colono fuo; cumque aliter hic folvere non poffet, Primus in folutum accepit inftrumentum *reverfale*, quo alius Emptor eidem colono fexcentos debebat. Hos Primus ab emptore petiit. Hic ait, Colonus mihi viciffim debet trecentos, & jam debebat tempore tuæ cesfionis. Hi trecenti, quos mihi debebat, ipfo jure minuerunt creditum ipfius ad trecentos, non potuit tibi plus cedere quam ego ipfi debebam, idque fine difcrimine lucrativæ, an neceffariæ cesfionis, quæ nihil mutat in virtute compenfationis, ipfo jure operantis. Non dubitavit Curia noftra in exemplo relato, quod erat onerofæ ceffionis, admittere compenfationem ejus, quod tempore Cesfionis a venditore, liquido emptori debebatur, in caufa *D. T. ab A. contra Nicolaum Theotardi, ante ferias omnium Sanct. 1679.*

12. Quin etiam placuit *in eadem caufa*, quod venditor emptori debere cœperat poft ceffionem, ante intimationem factam emptori, id effe compenfandum; quia neglectus intimationis a ceffionario commiffus, conditionem debitoris non potuit facere deteriorem. Quippe, quod venditor emptori poft venditionem debere cœperat, inter illos quidem tacito confenfu pro folutione, cujus vice fungitur compenfatio, habitum fuit, & fane fuit debitum reciprocum, alteri debito minuendo comparatum. Excipit Faber ad *l. 4. C. t. 23. def. 3.* Id quod dicitur, compenfationem habere vim folutionis, id obtinere, *eum exceptio compenfationis* objicitur. Primo, *exceptio compenfationis*, non recte dictum; dein, verum eft, debitum, quod compenfatur, eo tempore, quo objicitur, debere effe habile, ut antea *dictum*: Sed cum tale tunc reperitur, effectum *ipfo jure* operandi retrorfum exercet, ab omni tempore, quo debitum fuit habile ad compenfandum, ut fatis probatum liquet ex *l. 10. §. 1. l. 11. & l. 21. h. t.*

13. Quid fi facta fuerit Ceffio poft in jus vocationem? Cajus in jus vocaverat Titium pro fesquicentum florenis. Hic ab alio Caji creditore cesfionem accipit in parem fummam. In Judicio litem fuo nomine conteftatus, in refponfione deinde fcripta, objicit compenfationem nomine ceffo; Actor illam admittere debebat; & admifit hac lege, fi reus folveret impenfas litis, eo quod ipfe Actor fcire non potuerat, hanc ei caufam oppofitionis effe futuram, quæ ftudiofe, ut apparebat, a Reo quæfita fuerat. Recufantem Reum, admiffa Compenfatione, Curia condemnavit in

impenfas,

impensas, *in causa Jacobi Adama*, contra *Ulpium Broers, ante ferias O. S. 1681.*

14. Porro ejus sententiæ, quod Cessionarius pati debeat Compensationem ejus, quod cedens debitori vicissim debet, limitationem non insubtilem, & late patentem, habet Anton. Faber in *eodem loco*: si Cessionarius generalem hypothecam habuerit in bonis cedentis, ante cessionem & ante contractum illud debitum, de quo agitur compensando: tunc scil. hanc actionem cessam sub generali hypotheca comprehensam fuisse, quam Cessionarius etiam citra cessionem utili hypothecaria persequi potuerat, inquit. Quo jure Creditori semel quæsito, non fuit in potestate debitoris, contrahendo cum alio, jus creditoris hypothecarii sui facere deterius, aut illud nomen ipsi obligatum diminuere. Consensum adhibere videtur huic limitationi, non examinatæ tamen, Sandius in *lib. 3. tit. 17. defin. 4. in fin.* Tametsi ex rationibus ab illo in specie parum dispari subductis, colligi poterat, ne in hoc quidem casu subtilitatem illam esse admittendam. In specie, quam decisam refert, Creditor nactus est hypothecam omnium bonorum: postquam natum est nomen, de quo compensando agebatur. Hoc nomen Creditor hypothecæ generalis, dicebat statim ac suum jus natum esset, sibi fuisse devinctum, ut erat; Curia tamen censuit, Compensationem debiti antea extantis, ei statim fuisse applicitam ipso jure. Plane est eadem ratio in debito postea nato: nam ratio Fabri consistit in jure hypothecæ prioris, quæ per secutam compensationem non potuerit imminui. *Id* Curia negavit, *censuitque illo ipso instanti, quo nomen hoc natum est, cum eo etiam natum & ortum fuisse jus compensationis*; quod per hypothecam non fuit sublatum: sicut solutione per debitorem facta, prior Creditor utili hypothecaria in nummos amplius non extantes agere non potest, ut alibi dicendum, & notum est; ita nec effectum Compensationis ipso jure perpetratæ, hypotheca Creditoris prior impedire posse videtur. Nec memini, aut in modo relata specie, aut unquam alias, negatum esse compensationis effectum propter antiquiores hypothecas. Quid enim? habent duo patresfam. rationes ultro citroque. Titius ex variis nominibus duo millia debet Cajo; hic iterum mille quingentos Titio. Fit concursus Caji creditorum, qui per utilem hypothecariam duo millia petunt a Titio, & forte jam olim petere potuerunt. An hic tamen eos ad calculos vocare non potest, ut compensatis mille quingentis, reliquum solvendo defungatur? Incivile foret hoc negare; nec dubium, quin Titius conferendo suum *debet*, cum alterius *credit*, concurrentes quantitates compensare queat, *ut fit quotidie*. Secus est, si quis Creditorum aliquam rem debitoris emat, pretiumque compensare velit; hoc enim frustra agit, cum & in pecuniam salvam utilis hypothecaria, & in rem ipsam directa, detur Creditoribus.

15. Secundum hæc, rationes in specie quam Curia decidit, eædem sunt, quæ adversus Fabri sententiam militant, nec utemur nimia subtilitate Fabriana; Verum in cessione, quæ fit ex necessitate Juris, aliud Curiæ nostræ visum fuisse, tradit Sandius *d. tit. def. 10.* Exemplum; Duo coheredes erant, quorum alter in divisione hereditatis accepit nomen mille florenorum, quos ego defuncto debebam. Hos petit partim suo, partim nomine coheredis cesso. Coheres mihi vicissim debebat quingentos. Dico illi, Tu quingentos petis a me nomine tuo; solvam; Quingentos reliquos petis nomine cesso coheredis tui, qui mihi debet quingentos; hos volo compensare cum quingentis, quos ego illi ut coheredi debeo. Repulsus est, probante Sandio, dum a Reconventione ad Compensationem argumentatur; nam de illa satis constat, si quis ex necessaria causa factus sit Procurator in rem suam, eum si agat, non posse reconveniri, *l. 33. in fin. de Procurat. Reconventio & Compensatio pari passu ambulant*, ait Sandius, *& Compensatio vocatur mutua petitio:* quod ultimum est equidem verum; sed quam diverso sensu, *in pr. h. t.* dictum est. Evidentissima differentia est eadem, quæ toties exposita, pendens a τῷ IPSO JURE; quod Reconventio sit Actio reciproca, diversam a Conventione faciens Instantiam: Secus ac Compensatio, quæ nec est actio, nec *proprie* parit exceptionem, multo minus instantiam diversam. Reconventio nullum retro effectum habere potest; secus ac compensatio, *ut habuimus*. Reconventio fit de omnibus rebus, seu corpora sive quantitates sint. Compensatio contra. Reconventio fit etiam de debitis controversis; Compensatio nequaquam. Sed caput rei est, quod Compensatio objecta, debitum retro, ac inde ab initio extinguit; quod minime est in potestate Reconventionis; De hac nullo modo prædicari potest, quod Sandius *in d. defin. 4.* de Compensatione dixit; *Simulac natum est nomen, ita fuit affectum, ut ad concurrentem quantitatem ipso jure perimi potuerit.*

Recon-

Reconventio nihil operatur, nisi postquam instituta fuit. Debitor, qui compensationem objicit cessionario, sic ait; Meus creditor non potuit tibi plus cedere, quam ipsi deberetur: Atqui non debebam plus, quam quod ultra summam concurrentem supererat. Hæc ratio non mutatur ex qualitate cessionis, quæ sive onerosa vel necessaria, sive lucrativa aut voluntaria fuerit, non potest efficere, ut debitor plus quam revera debuit, debuisse dicatur; ne quidem in casu, quem Sandius excipit; qui est cessionis inter coheredes factæ; quoniam hæc res inter coheredes acta, nihil mutat jus ipsum crediti, neque debitoribus, aut creditoribus, hereditariis præjudicat, ut *ad tit. D. Famil. ercisc. n. 5.* probatum est, ac evincit *l. 3. d. tit.* Cæterum, si maxime placeat exceptio cessionis inter coheredes, ob necessitatem Juris & evitandam confusionem inter coheredes, quæ satis frequens & notabilis inde fieret, non est tamen, quod idcirco in omnibus, quæ titulo fiunt oneroso, cessionibus voluntariis, idem jus statuatur. Magis placet ampliatio æquitatis compensandi, quam Sandius idem habet *in def. 2. d. tit.* Scil. si qua actio plus semel cessa fuerit, debitorem posse compensare, quod singuli cedentes ei vicissim debuerunt, quia in pluribus est eadem ratio, quæ in singulis, ut est judicatum *d. def. 2.*

16. Cessare dicitur Compensatio in Deposito, atque in immobilium rerum invasione, quo sensu, diximus *ad tit. I. de Action. n. 30. sub fin.* ex quibus apparet, accurate loquendo, hanc non tam esse exceptionem, quam admonitionem, naturæ depositi ac invasionis bene convenientem, scil. ne ullo modo negetur restitutio; nec quidem exceptio erit hæc proprie dicta, si capias, ut alii, & ut noster Wissenbachius usum ejus exceptionis concipiunt, ad *l. ult. h.* Finge, ait; rem meam valentem centum deposui, & vis, ut quod tibi debeo, compensetur cum eo, quod mihi ex causa depositi debes. Non es audiendus. Non est, inquam, hæc exceptio, quia non pertinet ad regulam compensationis: Nam corporis sive speciei quantumvis æstimatæ, nullam esse compensationem, verius est, & probatur judicatoque firmatur a Sandio *d. tit. 17. lib. 3. def. 2.* Hæc ita, si species sive res corporales sint depositæ. Verum si non ad restitutionem ipsius rei depositæ; sed ad æstimationem rei deperditæ, vel deterioris factæ, agatur, nihil causæ videtur, quamobrem non admittenda sit Compensatio, ex *d. l. ult.* Id illic omni modo agitur, ne fides restitutionis eludatur; quod ne ob impensas quidem in rem depositam factas, permittendum videtur, ut tamen cautio de restituendis impensis, exigi posse videatur, per *l. pen. in fin.* cum *Auth. sequ. C. Deposit.* qua de re locus est proprius *ad tit. seq.* Nullus igitur est exceptionis proprie dictæ usus in hoc deposito? Potest dici, quando res fungibiles, inprimis, quando pecunia deposita est; quoniam hæc res est habilis ad compensandum, ejus quoque restitutionem prætextu compensationis non posse negari, & hanc posse tueri speciem & vim exceptionis, facile potest intelligi.

17. Præterea cessat Compensatio, postquam semel objecta & improbata est a judice, tunc enim locum habet exceptio rei judicatæ, *l. 7. §. 1. h. t.* Multo minus si probata sit, effectumque suum perimendi debitum semel obtinuerit, iterum ad aliud debitum perimendum objici potest, ut Sandius, etsi per se manifestissimum, re judicata Curiæ probat, *d. tit. 17. def. 1.* Quid autem, si Judex Compensationem præterierit, nullamque ejus rationem habuerit? *Salva manet petitio; nec enim exceptio rei judicatæ tunc objici potest*, ut docet Ulpianus in *d. l. 7. §. 1.* Denique Compensatio, si convenerit, ut certæ petitioni opponeretur, cessat extra illam causam, eoque pertinet, opinor, quod Ulpianus habet in *l. 13. ff. de Compensat.* ubi: *Si cui petitioni specialiter destinata est Compensatio, in cæteris non objiciatur;* etsi hæc paulo secus accipit Sandius *citata def. 1.*

Tit. III.

Depositi vel Contra.

I. Continuatio, & an depositum sit rerum immobilium, remissive. II. Sequestrationis definitio exposita, & usus ejus determinatus. III. Divisio in Voluntariam & Necessariam, & hujus usus ex jure Rom. IV. Conclusiones inde collectæ. V. Pecuniæ quoque sequestrationem dari posse. VI. Imo dari casus sequestrandi pecuniam, non comprehensos in l. un. C. de Prohib. sequestr. pec. *quorum primus occasione concursus Creditorum. VII. Hujusmodi* se-

sequestrationem non nisi ex necessitate, causaque cognita imperandam. VIII. Ne quidem uno alteroque creditorum petente, nisi & reliquis auditis. IX. Creditorem postulantem non teneri ad sequestrationem, nisi alius probaverit, suum jus esse potius. X. De sequestratione, quæ fit solutionis causa. XI. Depositum anomalum, in quo tantundem restituendum est. XII. De actione depositi tam remissive, quam noviter. XIII. De actione sequestraria.

INterruptum ordinem tractationis repetit Auctor Juris, ut pergat in speciebus contractuum enumerandis; E quibus inter Reales superest DEPOSITUM, de quo diximus in *Parte I. tit. de Obligat. quæ re contrah. pag. 284.* ubi & Quæstio, an depositum fit etiam rerum immobilium, quod negavimus cum Struvio & Wissenbachio, ad *hunc tit.* nec juvat repetere, quod ab illis aut a nobis dictum; etsi D. Thomasius prolixis scholiis det operam, ut evertat rationem, qua custodiam rei immobilis, Mandatum potius, quam Depositum esse diximus; sed quæ tam difficilis explicationis non sunt, ut heic ea cum suis responsionibus exhibenda sint, sufficiunt quæ *loco citato* protulimus, additis inquam, Struvio, Wissenbachio, & qui laudantur ab illis. Ne quidem in eorum sententiam videtur concedendum, qui sequestrationem duntaxat volunt esse posse depositum rei immobilis. Non negatur, sequestrationem esse depositi speciem, sed rei immobilis esse ex usu juris, id recte negatum est, *d. tit. I. n. 12. in fin.*

N. ADDIT.

Ut vero Lector judicare posset, an illa scholia prolixa talia sint, quæ non mereantur responsionem Autoris, nihil nocebit Autoris fiducia, si ea cum positione, ad quam adjecta sunt, apponantur. Positio sic se habet: De natura depositi notandum, quod, ut mandato simile est in eo, quod solius dantis utilitas vertatur, ita in hoc discrepat: (a) *mandatarius factum recipit, depositarius nullum,* (b) *sed res tantum in loco servanda relinquitur, quæ si maneat, ubi sita est,* (c) *depositarius satis fungitur:* (d) *ubi plus exigitur, depositum exceditur, ut exemplum est in* l. 1. §. 13. (e) *Et hinc ratio petitur, quare depositum in rebus immobilibus consistere non posse arbitremur,* (f) *ut disputavimus* in prælect. ad d. tit. Inst. n. 10.

(a) *Ista potius videtur esse discrepantia inter depositum & mandatum. Depositum tendit saltem ad custodiam rerum alienarum, mandatum ad negotia quævis. Ergo si ei, qui jam alia negotia mea gerit, mandem, ut rem meam seu mobilem seu immobilem custodiat, mandatum manet,* l. 5. §. 4. de præscriptis verbis. *Ergo etiam, si tibi mandem, ut rem ab aliquo meo nomine receptam custodias, itidem mandatum est, quia rem meam ab alio nomine meo recipere, ad mandatum spectat, non ad depositum, hoc est, quod Ulpianus* in l. 1. & l. 13. h. t. *dicit, quod mandatum hic sit primus contractus.*

(b) *Sed quis negaverit custodiam esse factum?*

(c) *Si Autor putat, deponentem semper rem depositam in certo loco apud depositarium collocare, nec hoc perpetuum est, quin potius sæpissime res deponenda traditur depositario, ut illam ponat ipse pro lubitu in loco tuto.*

(d) *Imo nec hoc universaliter admitti potest. Quid si enim res deposita sita sit in loco satis tuto, postea vero depositarius ædium reparandarum causa locum istum aperire cogatur, tum sane non satis fungetur officio, si rem depositam ibi remanere sinat, sive ipse eam antea ibi reposuerit, sive deponens.*

(e) *Sed hunc textum modo exposuimus aliter.*

(f) *Quemadmodum* part. 1. de oblig. quæ re contrah. posit. 36. *contrarium asseruimus, ita perspicere non liceat, quid prior doctrina ad sententiam Autoris conducat. Quin potius inverteremus argumentum, & ideo etiam in rebus immobilibus depositum esse posse diceremus, quia depositarius rem immobilem depositam non tenetur de loco in locum movere, (quod hic nec potest,) sed obligatur, ut eam relinquat ubi sita est.*

In scholio ultimo provoco ad scholium ad part. 1. adjectum, quod sic erat conceptum: Contrariam sententiam, id est, quod & immobilia possint deponi, defendit Franzkius ad ff. h. t. n. 6. *cujus rationibus probe notatis, facile potest responderi sententiæ Autoris, quam ita accepit a Wissenbachio, quem confer* ad ff. h. t. th. 11. *Etsi vero Autor contra provocet ad ea, quæ dixit in Institutionibus, eadem tamen ibi repetuntur, quæ in positione præfata sunt jam per scholia notata, excepto potissimo argumento, quod scil. in jure nullum occurrat exemplum rei immobilis, vel depositæ vel sequestratæ, unde & Autor pariter negat sequestrationem rerum immobilium.*

lium. Uti vero in illo argumento negamus consequentiam, cum infinitæ res sint juri conformes, quarum in Jure Justinianeo non occurrunt exempla, ita putamus, nulli seculo, nec provinciæ, incognitas esse sequestrationes rerum immobilium, unde nec hactenus præter Autorem, quod sciam, nemo de sequestratione rerum immobilium dubitavit.

2. Definitur Sequestratio (de hac, ordine, ibi non fuit actum,) a Paulo: *Depositum, quod a pluribus in solidum, certa conditione custodiendum reddendumque traditur, in l. 6. h. t.*

DEPOSITUM QUOD. Non additur, mobilis, an immobilis res sit, verum ipsa vox *Depositi* & *Reddendi* satis indicat, non nisi quæ poni & reddi queant, esse materiam sequestrationis.

A pluribus; Depositum in specie dictum, potest esse tam unius, quam plurium, Sequestratio non nisi plurium intelligitur, *l. 17. h. t.* Quia vix aliter instituitur, quam si de re aliqua sit controversia, *d. l. 17. & l. 110. de V. S.* Et respectu illius eventus, uterque dicitur *in solidum* deponere, quamquam unus, qui antea solus possederat, factum deponendi solus obierit, isque tum solus deponere dicatur; si tamen alter se quoque dominum esse dicat, eoque volente depositio fiat, uterque in solidum deposuisse videtur, & est sequestratio, *l. 9. §. 3. de Dol. mal.* juncta *l. 17. §. 1. h.* Verum si unus rem deponat, ut Tertio detur si hoc aut illud fiat, ea non est Sequestratio, sed contractus innominatus, *l. 18. de Præscript. verb.*

CERTA CONDITIONE. Qualis hæc, *custodiendum reddendumque, si inter nos judicatum fuerit, utrius ea res sit, d. l. 9. §. 3.* & quæ docet, alias Conditiones accedere posse, nempe ut depositarius rem depositam vendat & pretium in eventum victoriæ servet, ut *illic* est. Nec tamen a judicio solo, verum etiam ab eventu alio, suspendi potest redditio, ut alterutri in solidum res controversa detur, si hoc aut illud fiat, eritque sequestratio, per hæc verba, *certa conditione*, quæ sunt generalia. Si plures rem communem deponant, non esse sequestrationem, docet Florentinus in *l. 17. h. t.* Quid ergo si collatam pecuniam duo apud tertium deponant, ut tali aut tali eventu, alterutri reddatur, quo nihil frequentius, an non erit sequestratio, quia communis est pecunia? Secundum Pauli in *l. 6.* definitionem erit omnino, quia licet ab initio communis sit pecunia, a singulis tamen in solidum reddenda ponitur. Non videtur igitur ad sequestrationem esse necessarium, ut de ipsa re deposita sit controversia, modo controversiæ causa res a duobus in solidum sit deposita: Quando igitur duo pluresve rem communem apud tertium deponunt, ut is eam suo arbitrio dividat inter illos, hoc proprie non est Sequestrationis exemplum. Creditores ita non raro instituunt, quando res debitoris sui, qui bonis cessit, aut non solvendo mortuus est, vendiderunt, ut pecunias inde redactas apud tertium deponant, quæ ab illo secundum juris ordinem dividantur. Est depositum simplex cum mandato, vel potius compromissio deponentium.

3. Sed prætereunda non est sequestrationis divisio in Voluntariam & Necessariam, quæ ut constanter ab Interpretibus tradita, nusquam tamen in legibus, ut depositi subdivisio, nec plane ut divisio generis in species, proponitur. Voluntaria quid sit, jam intellectum est. Necessaria vocatur, quæ fit imperio judicis; at hæc prohibetur, *quoties ex quolibet contractu pecunia postulatur; Prius enim debitorem oportet convinci. l. un. C. de prohib. sequestr.* Idemque de rebus, quarum restitutio petitur, adfirmatur in *l. ult. C. de Rei Vind.* At si condemnatus ad restituendum, ab executione *modum judicationis excedente* appellaverit, eo casu res mobiles & fructus immobilium rerum, sequestrari possunt, *l. 5. C. Quor. appell. non recip.* Idem fit de fructibus, quando pendente appellationis causa, ab adversario populitantur, *l. 21. §. ult. de appell.* In favorem dotis, si maritus uxoris furiosæ manifestissime in hoc est, ut dissipet dotem, jubetur ea sequestrari, *l. 22. §. 8. Sol. matrim.* Reo criminis absente, res ejus, quæ servando servari nequeunt, venduntur, & pretium in deposito esse jubetur, *l. ult. §. 1. de Requir. reis.* Si colonus neget domino fundi jus & pensionem reditus annui, neque satisdet, in æde sacra, vel κειμηλιαρχείῳ publico, lite pendente, deponuntur, *l. 20. §. 1. C. de Agricol. & Censit.* Sicut aliæ res, de quarum custodia partes convenire nequeunt, in æde deponuntur, aut apud tertium, *l. 4. & 5. Famil. ercisc.* ad evitandas rixas & arma pugnæ, *l. 13. §. 3. de Usufr.* quo respectu puella, de cujus matrimonio certatur, etiam sequestrari potest, *c. 14. X. de sponf. & matrim. c. 8. de Restit. spol.* Si persona fugæ suspecta in jus vocetur nec satisdetur, res apud officium, id est in loco officii publici, deponi debebit, *l. 7. §. ult. Qui satisd. cog.*

4. Ex quibus locis colligitur, I. De rebus immobilibus nusquam depositi, nec quidem sequestrationis vocabulum usurpari, quanquam moribus ali-

aliter obtinere videtur, ex jure Canonico, cap. 1. *de Sequestratione poss.* II. Illam sequestrationem non esse contractum, quia sine conventione fit ad petitionem unius, altero quoque invito, nec ideo sequestrationem Necessarium esse depositi speciem; etsi vocabulum Depositi de illa quandoque prædicetur: quemadmodum de usufructu alias dictum est, jus, quo dominus fructus percipit ex re sua, vocari quidem Usumfructum, nec tamen esse speciem Ususfructus, quæ Servitus est. Quando igitur Depositum distinguitur in depositum simplex & Sequestrationem, hanc divisionem de voluntaria sequestratione capere par est; addito, sequestrationem, quæ fit judicis imperio, depositionem quandoque vocari, sed peculiari & a contractu depositi alieno sensu. III. Sequestrationem sive depositionem rerum mobilium, a Judice posse imperari, quoties evidens periculum alieni vel communis præjudicii, aliter evitari non potest, ut ex inductione textuum citatorum intelligitur.

5. Hujusmodi supposito casu, dicendum, quaslibet res imperio judicis sequestrari posse, quantitates etiam, adeoque pecunias ipsas, non obstante prohibitione *d. l. un.* cujus sanctio sub exceptione talis periculi, quale prædictis legibus designatur, accipienda. Cujacius *ad d. l. un.* pecuniæ nullam omnino dari sequestrationem, eo quod interverti nequeat, contendit: quod est verum, quamdiu certæ quantitatis debitor est solvendo, ita ut pecunia ex ejus bonis redigi possit; verum si debitor omnia sua bona dilapidet & creditoribus decoquat, non est dubium, quin etiam eo casu debita quantitas intervertatur; adeoque justa sequestrationis causa intercedat. Quis igitur prohibitæ sequestrationis in pecunia effectus est? Quod in ea, cum sit quantitas, periculum interversionis, aut conflictus, quod in aliis dat sequestrationi causam, ut supra vidimus, tam crebro usu non veniat: quod aliter, si pecunia in corpore certo hic & nunc extet, se habere intelligitur.

6. Porro sciendum, prohibitionem illam esse accipiendam de casu, quo Reus ab actore conventus, jubetur pecuniam petitam sequestrare. Nam alios dari posse casus, quibus pecuniæ sequestratio habet facultatem, omnino dicendum. Etsi enim cum plures creditores, pecuniam e bonis debitoris sui redactam apud aliquem deponunt, ut is ex ordine juris eam dividat, hæc non sit proprie dicta sequestratio, ut *supra* demonstratum est; quando tamen judicis imperio coguntur eam deponere, ut divisio instituatur, hæc sine dubio est *Sequestratio;* vulgo Consignatio appellatur, quæ vox notat omnem depositionem judicialem, tam quæ ex voluntate privatorum, quam ex judicis imperio fit; posterior consignatio est sine dubio, inquam, species sequestrationis, cujus fere tres species in Foro exercentur, per quas pecuniæ sequestrantur. Una propter concursum Creditorum; Secunda propter actionem ex chirographo; Tertia solutionis causa. Prima species est notissimi & frequentissimi usus, quando Creditores inter se congruere non possunt, quo pacto pecunias, e bonis debitoris sui destitutis redactas, partiri debeant, aut etiam quomodo ipsa bona sint distracturi, tum quidam ex illis adire solent Judicem & petere, ut is decernere velit *Commissarium*, cujus cura bona distrahantur, & pecuniæ secundum juris ordinem inter Creditores distribuantur; vel, inquam, si jam distractio communi consensu, aut a Curatore bonorum facta sit, ut pecuniæ sequestrentur, ordo Creditorum declaretur, & consequenter fiat distributio; ita fere quemadmodum voluntate partium fit in *d. l. 9. §. 3. de dol. mal.*

7. De hac sequestratione summum Juris monitum est, ne aliter quam ad depellendum evidens periculum fiat, adeoque NECESSITATIS causa duntaxat; qua in re non leviter in Foro esse peccatum, quid attinet heic commemorare, quod notissimum, & pro scopulo fori a Creditoribus habitum, ac evitatum est; quando vel hujus rei experientia laudat sola constitutionem *l. unicæ C. de probibita sequestr. pecuniæ.* quam sit res fragilis & obnoxia dissipationi pecunia, maxime quæ ad plures indivisa pertinet?

Primo igitur non debet, neque potest, talis Sequestratio judicis imperio aliter, quam cognita causa, fieri, vocatisque & auditis iis, quorum interest, utpote cum summi res sit præjudicii, propter impensas graves, & consequentias damni fere inevitabiles. Proinde ex officio a Judice nullo modo imperari potest; si facta sit, is qui deposuit pecuniam, ab iis, ad quos de jure pertinet, conveniri potest, non secus ac si adhuc eam possideret, cum talis sequestratio fuerit ipso jure nulla, *d. l. un.* Sic a Curia nostra judicatum *inter Curatores pauperum Holwardienses, & Secretarium Civitatis Doccumanæ*, cum hic, præfectus Auctionibus, pretium ex bonis debitoris cujusdam redactum decreto Magistratuum Doccumanorum apud officium depesuisset; secuta non levi di-

diminutione nummorum, ut fit, conventus a Curatoribus pauperum, ad quos jure liquido pecuniæ pertinebant, condemnatus est ad solvendum, quia tali Decreto Magistratus inferioris consignandi pecuniam, a creditore suo, vel eo cujus interest, ignaro, parere non debuisset, parato contra remedio; sicut in Arresto, si Magistratus jusserit rem vel pecuniam detinere, nec intimatum sit Arrestum debitori, ille, qui rem pecuniamve tenet, non obstante jussu Magistratus, solvere potest & debet ei, cui Magistratus solvere vetuit; *ut supra t. de Arresto reali, n. 4.* demonstratum est. Facta decisio *ante ferias Pentecost. 1680 in causa Jac. Haytses cum soc. contra Nicolaum Radbodum &c.* Sic igitur capiendum quod alii tradunt, eum, qui præcepto superioris Magistratus compellitur ad deponendam pecuniam, esse immunem ab omni periculo, ut Scabinos Lipsienses respondisse, tradit Bekman. *obs. Pract. h. tit. n. 38. nisi tale sit Imperium Supremi Magistratus, contra quod nullum juris remedium institui potuerit.*

8. Præterea non tantum ex officio Judex sequestrationem pecuniarum creditoribus imperare non potest; verum nec ad unius paucorumve petitionem, eam statim decernere debet, nisi, reliquis auditis, rem aliter non posse componi animadverterit; Extremum enim hoc remedium esse debere, satis ex prædictis constat; Proinde, si reliqui Creditores auditi docerent, eos, qui petunt sequestrationem, nihil de pecuniis jure sperare posse, vel alias non habere justam a reliquis diffidendi causam, non est æquum, ad illorum preces reliquis abnuentibus, imperare depositionem apud officium. Planeque ut prima pars officii Judicum esse debet, componere lites, id in hujusmodi causis tanto magis servandum, quanto res hæc majoris præjudicii, nec non comparata est, ut judices ipsos in suspicionem cupiditatis adducere possit.

9. Sæpe fit, ut pecuniis inter Creditores jam distributis, alii par vel melius habentes jus superveniant, & quidem antehac arte forensi & captatoria consignationum, frequenter ita jus dictum est, ut tali creditore ex postfacto petente consignationem, creditoribus, vel eis, qui pecunias præceperant, imperaretur accepta sequestrare apud officium Commissarii, antequam cognitum esset, an petitor jus par aut potius haberet, vel secus; provisionem consignationis præcedere debere statuebant, ut dein de merito prælationis disceptaretur, adeoque fuit tempus, cum hic Stylus Curiæ existimaretur, quo nihil erat iniquius, magisque contrarium sanctioni *d. l. unica.* Idcirco dein rectissime scio non semel esse repulsos, qui peterent consignationem, antequam de jure suo docuissent: Debent simpliciter utili hypothecaria adversus creditores jure posteriores agere, vel si ordo creditorum per sententiam constitutus sit, petere debent insertionem sui nominis inter Creditores, & restitutionem ab his, qui postremi in ordine pecunias abstulerunt, ut etiam observatur: Quemadmodum pleraque sequestrationis illius vitia temporibus inolita, diversis fere temporibus apud nos emendata sunt: ut tamen his observationibus adhuc dum bene, si quid ad rem facit, opus esse videatur.

Secundam sequestrationis speciem diximus esse, quæ fit post agnitionem chirographi; nam qui manum suam agnovit infra scripturam, qua confessio debiti continetur, actore petente, condemnatur ad provisionem consignationis, recuperanda pecunia, si deinde se causam habere non solvendi, probaverit; qua de re non pridem egimus ad Tit. de judic. *n. 36. pag. 719.*

10. Tertia depositio Judicialis, sive Consignatio fit, ut modo diximus, solutionis causa; & hæc si fiat imperio Judicis, est etiam sequestratio; Nec Judex aliter eam imperat, quam ad petitionem partis alterius; Si enim utraque pars consentiat, quod rarius accidit, non est sequestratio, sed depositum judiciale. Petere solet hanc sequestrationem Debitor, aut Creditores Creditoris, raro is ipse, cui debetur. Debitor petit eam, duplici causa; Prima, quod etiam minus est frequens, quando Creditor pecuniam idoneo tempore locoque oblatam, non vult accipere, *l. 9. C. de Solut.* juncta *l. 72. de Solut.* cujus rei quis sit effectus, & quæ requisita, diximus *ad tit. Inst. Quib. mod. toll. obl. n. 14. Parte I. pag. 354.* & occurret denuo locus *ad. tit. ff. de Solutionibus.* Hoc ad præsentem tractatum pertinet, quod in rebus, ut omne depositum, mobilibus tantum habet locum, in immobilibus oblatio sola judicialis sufficit, ad Creditorem in mora constituendum, omnesque producendos effectus, quos in mobilibus habet Consignatio facta post oblationem, ut probat Faber ad *libr. 8. C. tit. 30. def. 40. & 53.* Altera consignationis a debitore factæ ratio est, metus irritæ solutionis, ob periculum evictionis, & de-

& defectum cautionis; cujus rei usus frequens est in emptoribus, qui soluturi intelligunt, alium sibi arrogare jus hypothecæ, ususfructus, fideicommissi, aut simile quid, in rem venditam: Petunt, ut venditor hoc nomine sibi caveat, quod si non fiat, hoc agunt, ut apud Officium Judicis pretium deponant, quo legitime facto perinde liberantur, ac si solvissent, *d. l. 9. C. de Solution.* Quo autem legitime fiat illa consignatio, venditor, aut is ad quem pertinet solutio facienda, citandus est ea gratia, ut audiatur, si quid habeat, quo minus illam depositionem pati cogatur. Alioqui locum habet alia regula; quod res inter alios acta, aliis non præjudicet, *l. 63. de Re Judic.* Proinde si Emptor consignaverit, non audito Venditore, vel eo cui debetur, etsi judicialiter, consignatio pro non facta habetur, neque debitor liberatur; sed denuo Creditori solvere cogitur, ut prædicta juris ratio dictat, & sæpe judicatum est, nominatim in causa Epæi *Oeges*, contra Ritsium *Harkes, ante pentecosten 1680.* Quod eodem modo intelligendum, Si emptor a Creditoribus Venditoris, aut ejus, cui pecunia debetur, compellatur ad consignandum pretium, quo ipsis inde solvatur: Vocandus est etiam Venditor, aut is cujus interest ex alia causa; nisi Creditores ejus jam pridem adversus eum obtinuerint condemnationem in eum finem, aut ille jam cesserit Creditoribus, & Curator bonorum ejus sit constitutus: quo casu non opus esse novis identidem citationibus, res ipsa loquitur.

11. Nihil clarius est, quam quod ex prædictis liquet, Sequestrationem necessariam non esse contractum, nec adeo Depositi, quod consensu & RE contrahitur, speciem; esse tamen Depositum, voce latius sumpta. Est & alia Depositi species, quæ *excedit notissimos Depositi terminos*, quando convenit inter partes, ut non res ipsa, quæ est deposita, sed tantundem restituatur, *l. 24. h. t.* hoc enim propius a natura Mutui abest, *l. 26. §. 1. h. t.* Unde factum videmus, ut vernaculo in usu Mutuum etiam fœnebre, honestiore vocabulo, *Depositum* appelletur, quamvis tam ab initio, quam in fine, fuerit ac sit Mutuum. Sed est illius naturæ Depositum in Mercatoriis civitatibus usitatissimum, ut Publico loco (*Bancam* vocant) deponantur & custodiantur pecuniæ, non ut in iisdem corporibus, sed in eadem summa reddantur; quanquam in certo & in optimo nummorum genere consistit permutatio; quam per scripturam, ingenti & necessaria commoditate, Mercatores exercent; haud temere tamen alibi, quam in liberis civitatibus, non æque in regnis, ubi publicas habere bancas nimis periculosum, & imperiis regiæ prodigentiæ ac egestatis obnoxium foret. Est autem illud Depositum, utcunque irregulare, Contractus tamen, & quidem bonæ fidei; idcirco post moram usuris obnoxium, *d. l. 24.* ad quas ex eadem causa tenentur Secretarii, & quilibet ministri publici, apud quos pecuniæ sequestratæ aut a partibus depositæ sunt, ut in Hollandiæ Curia judicatum testatur Grœneweg. *ad l. 4. C. h. t.* Curiæque nostræ, quod sciam, non semel idem placuit.

12. De actione Depositi, tam simplicis quam miserabilis, directa & contraria, nihil addendum habemus * iis, quæ dicta sunt *ad Instit.* nisi, quod de re a pluribus deposita monet Ulpianus, singulos agere non posse depositi, quam præstita cautione pro partibus reliquorum; alioqui rem in ædem esse deponendam, *l. 1. §. 36. Depositi.* quod etiam de pluribus unius depositarii heredibus adferendum. Ideoque si depositarius uni totum solverit, reliquis tenetur, & habet regressum adversus eum, qui totum accipit, juxta quam a Scabinis Lipsiensibus responsum esse, tradit Bekman, *ad h. t. obs. pract. n. 61.* Idem recte observat, etsi hodie Depositarius, ob dolum in deposito commissum, usumque rei depositæ lucrandi animo factum, non teneri de Furto, scribat Grœnewegius ad *§. 6. Instit. de Tut.* idque multa auctoritate probet, tamen si res depositas dolose consumserit, nec eas restituere possit, eum criminaliter haberi & puniri posse, *n. 64. ad h. t.* quod negotii momentum & publicæ disciplinæ vigor, sine dubio flagitat *ubique servari.* Idem judicandum de eo, quod Grœnewegius ad *l. 10. C. h. t.* negat, damnatos ex hac causa infames fieri. Si perfidia insignis in hoc contractu admissa sit, procul dubio infamia damnatum sequetur, ut Lipsienses respondisse, testatur idem *ad tit. de His, qui not. infam. n. 81.* Quæ fuit veterum observatio gentilium, de insigni perfidiæ in hoc

* Id ex nostro Jure hic addi meretur, fœminam ex deposito plenissime non teneri, nisi cum Curatore id acceperit, secundum Schilt. ad *ff. 18. §. 51.* Dissent. tamen Carpzov, *dec. 141. n. 7. seq.*

contra-

contractu turpitudine, apud nos evilescere non debet. De pristinis Christianis testatur Plinius in epist. *de inquisitione Christianorum ad Trajanum*, illos in occultis suis conventibus, inter alia se obstrinxisse, *Deposito non abnegando*, tanquam execrabili imprimis flagitio, *lib. X. epist. 97.* Perditissimi est hominis, ait hac de re Cicero, *simul & amicitiam dissolvere, & fallere eum, qui læsus non esset, nisi credidisset.* pro *Rosc. Amer.* *

13. Qualis in sequestrem actio detur, quæri ut in re ancipiti, videmus, sicut multos indicat discrepantes D. Wissenb. *ad h. tit. th. 23.* Sed ambigere neminem patitur Ulpianus, cum, *In sequestrem Depositi actio competit*, ait in *l. 5. §. 1. h.* & Pomponius, *cum sequestre*, ait, *recte agetur Depositi sequestraria actione, l. 12. §. 2.* Ulpianus idem dat actionem de dolo & præscriptis verbis, in *l. 9. §. 3. de dol. mal.* quo textu saltem inspecto opus est ut respondeatur; Nempe, si conditio sequestrationis, adversarii fraude non impleatur, quia tunc sequestraria cessat, adversarius de dolo, sequester præscriptis verbis tenetur. Hæc ita de sequestre voluntario traduntur in *dd. ll.* Necessarius qua actione teneatur, nusquam memini traditum, ** utique Depositi in eum non datur, tam quia non est Depositio contractus Species, ut antea probatum, quam quia nihil actum est inter Sequestrem, & eum ad quem res pertinet, ut quo invito facta fuerit sequestratio. Adversus hunc igitur, si rem non restituat, officium Judicis implorandum, quatenus ipsa Sequestratio ex Judicis officio profecta fuit: Cui proinde quamdiu apud illum durat, obnoxius manet. Si ante finem litis, aut existentiam conditionis exonerare se velit sequester, tam necessarius quam voluntarius, Prætorem adire debet, a quo tamen non nisi gravissima de causa, permittetur ei deponere susceptum semel officium, *d. l. 5. §. ult. h. t.* Quod quæritur, an oblata cautione finiatur sequestratio, facile respondetur, id non fieri, nisi quando ob inopiam cautionis est facta, *l. 7. §. ult. Qui satisd. cog.* alioqui finem litis, existentiam conditionis, & contrarium judicis imperium esse expectandum, per ea quæ de causis faciendæ sequestrationis *superius* dicta sunt. Cæterum Contrariam Depositi actionem Sequestro dari, scilicet voluntario, res sponte loquitur, Wissenb. *th. 24.* quod ad necessarium analogice producendum, quatenus nemini officium suum debet esse damnosum, *l. 61. §. 5. de Furt.* Quæstionem, an Sequester possideat, *ad tit. de Acquir. poss.* & si quid præterea super Deposito ad alias pertinet Rubricas, *suis* id *locis* videbimus.

* Merentur equidem conferri in hanc rem, quæ Ill. Gundlingius in *Gundlingianis suis P. II. n. 8.* de pœna denegati depositi commentatur, docte, ut solet, & ex humaniorum literarum penu depromta copia. Pœna fuit Lege XII. Tabb. dupli, prætorio jure infamia, & in miserabili adhuc dupli, cujus rei rationem hanc tradit doctissimus vir *§. 9.* quod depositum abnegans, fiduciam egentis acceptatam fallendo gravius peccat, quam commodatum non reddens, qui non egentem decipit. Verum enimvero hac ratione conveniebat, commodatam rem egenti non reddentem, æque graviter puniri, quod eadem, & ex eodem fonte, indigentia puta, sit læsio. Substituerem adeo, aut saltem jungerem indigentiæ, (solent enim fere ab egentioribus cum lautioris fortunæ hominibus celebrari deposita,) summam lædendi facilitatem, a qua graviori nota nequam absterrendi erant homines. Clam & semotis arbitris deponi solet, deponitur id, quod deponens amat, in pretio habet, fortunarum suarum caput, & arx, deponitur apud eum, qui hactenus inter amicos simulatum tenuit principatum. Hoc & Cicero, rerum ejusmodi haud incuriosus, innuit: *falli eum, qui læsus non esset, nisi credidisset.*

** Apud nos bona sequestri necessarii, sive judicialis, hypothecæ nexu obligatæ censentur iis, quorum pecunia aut res judicialiter depositæ sunt ex tempore depositionis, *O. P. S. t. 49. pr. verb.* in denen andern Depositis judicialibus und necessariis aber, 2c. *P. 1. C. El. 28. §.* ferner. Carpz. *ad eand. def. 151.* Richter. *d. prib. Cred. c. 5. n. 12.* cum alias deponentes, si res deposita non extet, tantum inter personaliter privilegiatos locum suum sortiantur. *d. C. d. pr. Tit. 49. O. P. S.*

LIB. XVII.

LIB. XVII.
Tit. I.
Mandati vel Contra.

I. Remissio ad partem primam. II. An Mandatarius alii rursus mandare, sive per Substitutum res agere possit. III. Usus ejus exemplo rei judicatæ declaratur. IV. Transitus ad Cessionem sive Mandatum in rem suam. V. Cessiones qua forma fiant. VI. A quibus. VII. Quænam actiones cedi prohibeantur. VIII. De Cessionibus Necessariis. IX. Quando facienda cessio. X. Quis ejus sit effectus. XI. De Cambio.

Recensio tituli de Mandato, quam habuimus in *Parte I. pag. 334.* constat his partibus; Definitione, quod sit *Conventio, qua quis rogatus alienum negotium gratis administrandum suscipit*; Divisione, quod sit *generale vel speciale*, ubi Quæstio, an mandatum generale bene dividatur, in simplex & cum libera. In expressum & Tacitum. In judiciale & Extrajudiciale. In rem suam vel in rem alienam. In rem suam esse, cum is, qui titulo proprietatis, ut est Emptio Venditio, Donatio, in solutum datio, similesque, habet actionem, eamque nomine Mandato instituit; Etiam cur is, qui habet titulum Proprietatis, adhuc egeat Mandati, expositum fuit; item cur actiones & jura penitus directeque transferri nequeant; quem articulum etsi abunde illic explicitum dederimus, ejus tamen est momenti copiæque, ut heic loci recentem nobis agendi materiam sit præbiturus. Sed fuit in *loco prædicto* adhuc alia divisio Mandati in quinque species, quod sit vel solius Mandantis gratia, vel Mandantis & Mandatarii, vel aliena tantum gratia, vel Mandantis & aliena, postremo Mandatarii alienaque gratia. Deinceps actum de Mandato contra bonos mores; de præstatione culpæ in Mandato, de actionibus Mandati, deque modis, quibus Mandatum solvitur, & postremo, quatenus Mandatum pecuniariam recipit præstationem salarii aut honorarii.

2. Hoc loco addendum videtur, quod de Substituto a Mandatario constituendo, habet usum observationis. Auctor est Ulpianus in *l. 8. §. 3. h. t.* Si mandatarius mandata negotia rursus alii mandaverit, eum contra Substitutum habere Mandati actionem, & ipsum rursus teneri primo Mandanti: quod locum habere docet in Mandato ad negotia, non ad lites, in quibus ante litem contestatam a Procuratore, non potest alius Procurator constitui, qua de re diximus *ad tit. de Procurat.* Sed de locatione conductione factorum, idem quod modo de Mandato ratione Substitutionis, traditur in *l. 48. in pr. D. Locati.* cui adjungi potest *l. 5. §. 3. de Administr. Tut.* Nec videtur esse necesse, ut distinguamus inter negotium majoris minorisque momenti, quasi in majoribus opus esset prævia Domini permissione; ut hujus ope distinctionis amoliamur objectionem, quæ est in *l. 15. §. 2. de divers. & temp. præscript.* Ubi tradit Venuleius, ad implendam usucapionem prodesse temporis accessionem, quo venditor possedit, vel is, qui mandavit vendi; Quod si hic alii rursus mandaverit, tempus, quo hic substitutus possedit, non aliter ad usucapionem prodest, quam *si Dominus Mandatario illam rem alii mandare permiserit.* Primo ad hanc legem dicere licet, ab accessione temporis in usucapione, non sequi, illam substitutionem aliter fieri non posse, quam si dominus permiserit; facile etiam est uti responsione Accursii, qui *τὸ permiserit*, non de speciali & expressa concessione, sed illud accepit pro *passus est.* Utramque responsionem Thomasius hoc Scholio complexus est.

SCHOLIUM.

Non male Accursius, ad verba d. l. 15. quam si id ipsum Dominus ei permiserit, *notat*: semper autem concessum intelligitur, nisi sit prohibitum. *Præterea ibidem permissio Domini non tam ad validitatem contractus requiritur, quam ad accessionem possessionis, de qua frustra quæstio instituer etur, nisi contractus subsisteret.*

Plane si interfit mandantis, hoc est, si per substitutionem Mandati dominoque negotii damnum sit illatum, vel lucrum interceptum, hoc casu Mandatarius, qui Substitutum dedit, sine dubio tenetur, quod tamen ad tertium non pertinet: nec utique ad Substitutum; Ille propterea non tenetur mandanti Primo; si modo bene gesserit

ferit hoc, quod ei a substituto mandatum fuit. Actiones dantur inter primum Mandantem & mandatarium, item inter mandatarium & Substitutum; si hic substitutione bene defunctus sit, et si mandatarius male substituerit, ipse tamen ad fidem sui mandati duntaxat obstringitur, per *d. l. 5. §. 3. & l. 1. §. 5. vers. Quid tamen de Exercit. act.*

3. Quo usus & momentum hujus rei melius intelligatur, referam facti speciem notabilem, de qua meo tempore apud Supremam Curiam magnis animis disceptatum, & duabus instantiis, una Revisionis, *anno 1682.* judicatum est. *Albertus Loo* J. U. Dr. cum uxore, venundabat prædium Rüpense auctione publica. Licitatione facta, quæ ex more, non una vice peragitur, ad excitandos emptores pretiique intentionem provehendam, ut arte vulgata fieri solet, mandaverant *N. Warda* Notario publico, ut is secreta quam maxime ratione in singulas agri mensuras librales, quæ dicuntur, adjiceret octenos florenos aureos. Warda rem ita administrat; ut ipse per se quaternos florenos adderet, *Secundo*, Viro spectato & Venditorum propinquo, mandaret, ut is alteros quaternos adjiceret; quo ita octo floreni, tanquam mandato Venditorum, explerentur. Venditores, substitutionis ejus & mandati secreti, quod Secundo erat datum, ignari, cum putarent, ultimos quatuor florenos a Secundo nomine proprio esse adjectos, prædium in ejus nomen addicunt, manu per famulum publicum, ut moris est, stipulata. Cum hoc Secundo postridie innotuisset, ille confestim adit Venditores, seque vi mandati ab ipsis cum Warda contracti licitationem auxisse demonstrat, quod a Warda confirmatur. Venditores ea re perturbati, redeunt ad licitatores præcedentes, qui proxime infra Wardam scripserant. Sed cum hi, per addictionem Secundo factam, se liberatos esse contenderent, Venditio in irritum cessit, ingenti detrimento, per secutam rerum immobilium vilitatem. Venditoribus deinceps hac vita defunctis, Curatores nepotum, rem aliter considerabant; Existimabant, Secundum, qui sine mandato Venditorum licitatus erat, suo nomine teneri; Wardam mandati fines egressum non potuisse, Venditoribus ignaris, secretum illud augmentum partiri alimque sibi substituere. Suspicabantur etiam, Secundum cum Warda collusisse, ut præmio, quod maximo licitatori datur, ambo potirentur. Cum autem Warda interim foro cessisset, nec ideo adversus ipsum Mandati posset agi, Secundum ut emptorem conveniebant. Pro hoc militabat ea, quam diximus, ratio, Se ad aliud nihil teneri, quam ad fidem substitutionis & mandati secundarii præstandam: Venditores fateri, se mandasse licitationis augmentum ad octo florenos; hoc mandatarium suo arbitratu executum esse; In eo si peccasset, habere Venditores actionem contra suum Mandatarium, non contra Substitutum, qui fines sui mandati minime erat egressus: nec se alienæ perfidiæ aut inopiæ succedaneum fieri debere; Collusio autem fraudulenta non probatur. Quamvis hæc sententia a prædictis textibus & juris rationibus, non videbatur abhorrere, paulo tamen pluribus suffragiis *Secundus* suo nomine, tanquam emptor, bis est condemnatus. Plures usus & casus ad mandatum spectantes habet D. Beckmann. *ad h. t. n. 12. & seqq.*

4. Reliqua de Mandato, petenda ex prædicto Institutionum titulo; Sed actionum Cessio, ‡ sive Mandatum in REM SUAM, de cujus natura illic haud obiter egimus, tanti est usus, ut pleniorem postulet expositionem, quæ his capitibus constabit: 1. Qua forma cessio fieri debeat, 2. A quibus fieri possit, 3. Quæ actiones prohibeantur cedi, 4. De cessionibus necessariis, 5. Quando fieri possit, 6. Et quis sit ejus effectus. Quos articulos antequam exequamur, monendum est obiter, ex hac actionum cessione, Mandatarium, quod res ipsa loquitur, fieri dominum rei mandatæ, scil. extra judicium; cum alioqui nullus Procurator fiat dominus negotii, nisi per litis contestationem, *l. 23. C. de Procur.* quod in hodiernis Procuratoribus ad litem, publice constitutis, non habere locum, *supra ad Tit. de Procur. pag. 656. & seqq.* demonstravimus. At hoc paulo pressius adhuc velim adverti, contra quod Thomasius in Schol. *pag. 657.* collocavit, *moribus hodiernis nullos Procuratores, fieri dominos litium;* Id enim de

‡ Ad hanc doctrinam ex Jure nostro novissimo notandum, cedentem, debitore cesso hoc ita volente, ad præstationem juramenti tam calumniæ quam principalis teneri, nec admitti ad illud cessionarium invito debitore, nisi quoad propria facta; secus est, si cedentem mori contigerit, aut abesse & in aliis regionibus degere, quo casu cessionarius vel de credulitate jurabit; heredibus cedentis, nisi forsan de veritate jurare queant, penitus est parcendum. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 17. §. 6.*

privatis procuratoribus, qui amicorum rogatu lites movent seque ut Mandatarios gerunt, nullam habet rationem, cum quicquid de Procuratoribus litium jure civili proditum legitur, ejusmodi mandatariis exacte conveniat. His adde, quæ dicta sunt *ad eundem Tit. n. 17.*

5. Quod ad formam cessionis, sive mandati in rem suam, attinet, scitum est, hoc duabus constare partibus, *titulo proprietatis*, ut est venditio, donatio, solutio, similesque, & *mandato*.* Per titulum proprietatis, fructus & emolumentum actionis transit in cessionarium; quod tamen non impedit, quo minus ipsum jus cessionis penes cedentem maneat, ut ad *Inst. h. n. 2. & 3.* declaratum est: Unde sequitur, qualitatem actionis instituendæ, ex mandato proficisci debere, per quod Cessionarius procurator in rem suam fit, ac ita nominatur. Quando igitur forma cessionis est perfecta, tam proprietatis titulus, quam mandatum, exprimi & collocari debet; Proinde, si titulus, quo in rem suam fit hic procurator, sit omissus, pro cessione non potest haberi. Nec adeo sufficit, in instrumento scriptum esse, quod actio cedatur, alienetur, transferatur, sed titulum specialem opus est nominatim addi, cum alioqui cessio sit ipso jure nulla, per *l. 25. §. fin. ff. de Prob.* & quæ dicta sunt ad *tit. de Cond. sine caus. n. 7.* quod de actionum cessione specialiter est cautum, *Stat. Fris. 1. 8. art. 3.* quo loco tamen ob crebros populi innocentis errores, non est prætereundum, quod Sandius habet *Tract. de Act. Cess. c. 2. n. 7. 8.* e præsumptionibus & circumstantiis rerum ac personarum, tituli defectum ita posse suppleri, ut non expressus intelligatur. Deficiente mandato, valebat quidem actionis venditio, & in solutum datio, sed actio inde nulla moveri poterat, donec utilis actionis commento factum est, ut mandati defectus minus esset noxius actionum cessioni, qua de re dicta non repetimus *ex eod. tit. n. 3.* Hinc etiam colligitur, eum, qui exhibet instrumentum, in quo scriptum est, debitorem promisisse, quod soluturus esset cuilibet ejus instrumenti legitimo exhibitori, *den wettigen toonder deses*, ut vulgo loquuntur, hoc ipso non posse haberi procuratorem in rem suam; cum desit ibi, non pars, verum integra cessionis forma, tam titulus, quam mandatum; nam promissio debitoris de solutione facienda legitimo exhibitori, ipsum quidem obligat, sed non tollit qualitatem cessionis & autoritatis, quæ inter cedentem & cessionarium vertitur; quod etiam per additamentum *legitimi* exhibitoris satis indicatur; nec enim sciri potest, an sit legitimus, nisi causam exhibitionis probet.

Præterea ex hoc duplici cessionis membro facile sciri potest, an adsignatio sit etiam cessio? Cum enim hæc fiat per simplex mandatum sine titulo, manifestum est, in ea formam cessionis non reperiri, sed respectu debitoris, cujus oneri esset adsignatio, nihil est quam, ut apparet, simplex mandatum, aut instrumentum, vel nuncius, per quem solutio peragitur, adeo ut perinde sit, utrum adsignatio fiat hoc modo, *Mando, permitto illi aut illi, ut a Cajo centum aureos mihi ab illo debitos accipiat, quos pro solutis reputabo.* Aut aliter, *rogo te Caje, ut velis Titio solvere centum aureos &c.* vel denique, si per modum apochæ fiat mediate, ut hodie frequens usus est, *Accepi a Cajo, per manus illius aut illius, centum aureos, quos Cajus mihi debebat &c.* In his formulis, quæ continent modum adsignationis hodiernum, res multum abest ab illa bimembri actionis cessione, quam diximus, etsi verum sit, vix unquam adsignationes dari, nisi per consequentiam mandati in rem suam: sed hoc præcessisse oportet intelligamus, ac ita velim capias, quod nos *pos. 7. h. t.* & quod Sandius habet *d. Tract. c. 2. §. ult.* adsignationem, titulo licet carentem, pro cessione actionis esse habendam. Teneamus ergo, defectum tituli facere, ut mandatum in rem suam sit nullum; defectum mandati cessionis instrumenti stylum magis deformare, quam de effectu ejus aliquid detrahere, postquam e translatione sine mandato dari utilem emptoribus aliisque proprietariis actionem, constat ex *l. 16. D. de Pact. l. 7. C. de her. vel act. vend. l. 18. C. de Legat. l. 33. C. de Donat. l. 2. C. de O. & A.* Denique & hoc observandum, ab istis mandati in rem suam membris pendere judicium, quod sæpe veteres practicos confudisse animadvertimus, quando directa, quando utilis a procuratore in rem suam instituatur actio. Directa est, quando cessionarius profitetur mandatum, sive nomen cedentis ponat in fronte libelli, suumque mandatum exhibeat, vel etiam suum nomen præponat, addita qualitate mandatarii, vel procuratoris in rem suam: Utilis

* Cum hoc loco merito comparanda sunt, quæ illustris Gundlingius accurate tradit in *Gundlingianis* suis *Part. VI. n. 2.* cui titulus: *Persona seu larva Procuratori in rem suam detracta.*

lis actio est, quando mandati nulla fit mentio, sed tituli tantum venditionis, donationis, similisque. Quid si generalis sit titulus translationis, aut cessionis, ut plerumque fit, hoc modo; *Titius per cessionem & translationem jus crediti nactus a Cajo, petit a Sempronio?* adhuc erit utilis actio: quæ res ad usum & effectum hujusce negotii non leve momentum habet.

6. Personæ, a quibus fiant cessiones, ex duobus illis membris similiter intelliguntur, sc. tales, qui mandare & alienare possunt. Ergo, quibuscunque res suas alienare prohibitum est, & qui se aliis obligare nequeunt, hos quoque cessionis incapaces haberi, per se patet; Unde in cessionibus actionum, quæ ad minores & Ecclesias pertinent, eædem fere solennitates requiruntur, quæ de prohibitis bonorum alienationibus, eorum respectu, proditæ sunt legibus, probante Sandio *d. c. 2. §. 12. 13.* Speciatim Tutores & Curatores, prohibentur accipere cessiones a pupillis & minoribus, vel adversus eos, *Nov. 72. c. 5.* ubi & ratio, ne Tutores pupillorum jura sibi obliquis artibus vendicent, quod ἐράσμιον πρᾶγμα, *rem* vocat *amabilem* Cæsar, *d. Nov. c. 6.* Sed hæc prohibitio non spectat ad parentes liberorum suorum tutores, quia non cadit in illos tam sinistra suspicio res pupillorum in se derivandi, *arg. Auth. Ad hæc. C. Quand. mul. Tut. off.* quanquam sane pater a filiofam. nihil cessionis accipere potest, propter vinculum & unionem patriæ potestatis, *l. Actiones 7. de O. & A.* Recte etiam producitur hæc prohibitio ad Procuratores & Advocatos, ne cessiones a suis clientibus accipiant, nec pro parte, nec multo minus in totum: nam pactiones de quota litis sub pœna infamiæ Advocatis interdictæ, nihil revera sunt aliud, quam cessiones & translationes actionum; quæ si pro quota litis tam graviter sint prohibitæ, multo magis translatio totius vetita erit ac nefaria, *l. 6. §. 2. C. de Postul.* nec minus proclive foret Advocatis eum in modum intricare lites, & fatigare clientes, ut nullo negotio illos ad damnosas cessiones compellere possent, quam Tutoribus.

7. Sequitur materia cessionis, de quibus illa fieri queat actionibus, aut potius quæ cedi prohibeantur; nam quæ non prohibentur, eas posse cedi, dictat regula tralatitia. Nec tamen deest positiva nota, qua dicimus, *omnes, quæ commodum cedentis pecuniarium continent, cedi posse actiones*, at exceptis iis, quæ rationem habent mere personalem, non egredientem certas personas. Secundum hanc regulam cedi possunt cunctæ tam in rem ‡ quam in personam actiones, rei sc. persecutoriæ, remedia quoque possessoria, & restitutiones in integrum, modo hæc ultima nominatim exprimantur, quia sicut generale mandatum non sufficiat ad petendam alieno nomine restitutionem, ut ex *l. 25. §. ult. de Minor.* probatum est, *tit. de Rest. in int. n. 6.* Sic etiam cessio sive mandatum in rem suam, generalibus verbis non sufficeret, quo loco tamen addi velim, præter ea, quæ *d. n. 6.* collocavimus, quod si de speciali mandato dubitetur, remedium a cautione de rato peti posse, *l. 26. h. t.* quod tamen non prodest, ubi certum fuerit, deficere speciale, nec aliud quam generale mandatum de universis bonis reperiri, ut in specie rei judicatæ, quam in *d. n. 6.* commemoravimus, usu venit: ne quis hanc limitationem a nobis prætermissam, jus ibi collocatum mutare potuisse, arbitretur. Porro criminales accusationes, omnesque publicæ exactiones, cum sint in nullius patrimonio, cessionem non recipiunt, uti nec injuriarum actiones ob eandem rationem, & quia respectu mere personali constant. Eadem obtinet ratio in querela testamenti inofficiosi, in revocatione donationis ob ingratitudinem, actione, quæ datur parenti vel patrono contra filium & libertum, ob in jus sine venia vocationem, & si quæ similes occurrant, de quibus ad *tit. Inst. de Perp. & temp. act. n. 5.* Huc etiam pertinet jus hereditatis fideicommissariæ, aut etiam singularis fideicommissi certis personis restituendi, quia tum præsens possessor, successori futuro & per vetus testamentum ad fideicommissum vocando per cessionem in alium præjudicare nequit, sed quatenus præsentis possessoris jus sit duraturum, eatenus cessionem ab eo factam valere, nihil est quod prohibeat. Notatum est etiam, jus προτιμήσεως ratione sanguinis aut vicinitatis, non recipere cessionem, uti nec servitutes reales, quoniam hæc jura certis personis aut prædiis a lege sunt affixa, ut inde nullo modo separari queant; ne servitutes quidem personales in extraneum, hoc est, in alium quam proprietatis dominum, cedi posse, docet Justinianus in *§. pen. I. de Usufr.* de quo nos egimus in *Parte I. pag. 138.* Denique, nec litigio-

‡ Adeoque & Hypothecaria cum omni Hypothecæ jure, in qua tamen Hypothecarum cessione, judicialis consensus pro dimidiatis sportulis repetendus est. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 46. §. 1.*

fæ actiones cedi possunt, de quibus lis contestata vel ab actore falsem est mota, *l. 2. C. de Litig.* aut etiam, si in rem sit actio, post in jus vocationem, *Auth. Litigiosa. eod.* Sequitur ea de re Tit. proprius in Pandectis. Tu hæc latius exposita vide apud Sandium *d. tract. c. 2. n. 15. & seqq.*

8. Porro, voluntarias sua natura cessiones esse debere, cum per contractum, & mandatum, quod utrimque liberum est, fiant, non est dubium. Proditæ sunt tamen in Jure nonnullæ casuum species, quibus homines ad cedendum tenentur, & cogi possunt, quas breviter recensebimus. I. Heres fiduciarius, qui jussus est hereditatem aliis restituere, cogitur etiam actiones hereditarias a se, dum possideret, acquisitas, cedere fideicommissario, *l. 73. ff. ad Sc. Trebell.* II. Quilibet possessor hereditatis, eodem modo tenetur ad cedendum actiones, a se tanquam herede, dum hereditatem possedit, acquisitas, *l. 16. §. ult. l. 20. §. 17. & l. 40. §. 2. de Petit. hered.* III. Creditor, qui rem sibi pignoratam vendidit, etsi de evictione non teneatur, suam tamen actionem, qua contra debitorem agere potest, eo quod rem non suam pignori dedit, cedere cogitur emptori, ut is a debitore, cui pignoris venditio profuit ad solutionem & liberationem, petat indemnitatem, *l. 38. de Evict.* IV. Si creditor venditioni pignoris adjecerit pactum de retrovendendo, actionem ex illo pacto cedere cogitur debitori, pignus redimere cupienti, *l. 13. de Pignor. act.* V. Coheredes sibi invicem cedere debent actiones, quæ in judicio familiæ erciscundæ singulis obtigerunt; Nam, ut alias dictum, divisio non mutat jus actionum. Quæ uni a multis coheredibus adsignata est actio, manet tamen omnium heredum communis; Ideoque is, cui tota in divisione tradita est, petere debet a reliquis cessionem, quam hi scil. negare nequeant, *l. 2. §. ult. Famil. ercisc.* Plerumque in ipso divisionis instrumento clausula cessionis ejus adjicitur, ut omnibus una, & ad omnes actiones Cessio sufficiat. VI. Si res vendita, necdum tradita, venerit in manus alienas, emptor, utpote necdum rei dominus, eam a tertio possessore vindicare nequit, sed venditor actionem illi cedere debet, *l. 35. §. 4. de Contrah. empt.* VII. Idem emptori cedere debet actionem locati adversus Conductorem, cui venditor rem locaverat, quatenus merces ad Emptorem pertinet, *l. 13. §. 12. de Action. empt.* VIII. Procurator tenetur ad cedendas Domino actiones in officio mandati administrandi acquisitas, quia dominus per Procuratorem regulariter non acquirit actiones directas, ut vidimus in *Part. I. pag. 303. n. 7.* IX. Minor ætatis beneficio se creditori subducens, ei tamen cedere cogitur suum illud beneficium ætatis, quo minor adversus alium uti possit in eadem causa, ut exemplo declaratur in *l. 14. in pr. de Minor.* & alio in *l. 27. §. 1. eod.* X. Quando res locata surrepta est, & dominus ab conductore pretium adipiscitur, tunc is actiones ad rem ipsam persequendam, Conductori cedere cogitur, *l. 25. §. ult. Locati.* XI. Similiter dominus a bonæ fidei possessore, pretium rei culpa ejus amissæ adeptus, ei suas actiones cedere debet, ut intelleximus ad *Tit. de R. Vind.* ex *l. 21. §. Si vero. l. 63. de R. V. l. 12. de Re Jud.* XII. Postremo, Creditorem fidejussori e pluribus unum, solidum solventi, actionem adversus confidejussores suos cedere cogi, e doctrina de fidejussoribus pridem didicimus, *l. 17. l. 36. & l. 39. de Fidejuss. l. 11. & l. 14. C. eod.* Hos casus sparsim in Jure traditos, claudere licet generali regula; quod omnes, qui rem a se possessam aliis potiori jure præditis tradere coguntur, ab his, sui juris, si quod habeant translationi aptum, cessionem petere possunt, ut latius apud Sandium *in d. tract. c. 6. n. 61.*

9. Tempus, quo sit facienda cessio, non est limitatum, si modo fiat ante, vel apud ipsam solutionem, quando superest adhuc & vivit actio. Nam quia per solutionem extinguitur, ut amplius non sit, ejus autem quod non est, effectus sit nullus; manifestum est, cessionem post solutionem nullius esse momenti, *l. 76. de Solut. l. 1. C. de Contr. Tut. jud.* nisi in solvendo ita convenerit, ut actiones præstarentur, *d. l. 76.* Usus hujus observationis est varius, veluti in fidejussione, in mandato, & inprimis in concursu creditorum. Quod ad fidejussionem attinet, Jure Civ. quando unus e pluribus fidejussor solidum solvit, non accepta cessione a creditore, nullam habet actionem adversus confidejussores, nec juvat eum cessio post solutionem facta, quia obligatione per ipsam solutionem funditus extincta, τῶν μὴ ὄντων affectio cedi non potest; sub hac exceptione, nisi pactum juxta solutionem adjectum sit, ut cessio deinceps fieret, *d. l. 76. de Solut.* In Mandatore, qui pecuniam alii credi mandat, aliter hæc res habet: Nam si unus e pluribus solidum solverit absque cessione, res habet facultatem, ut cessio deinde suppleatur, *l. 29. ff. Mand.* Ratio differentiæ inter fidejussores & mandatores, qui alioquin eodem modo se habent, est hæc: Quod mandator suo nomine, fidejussor alieno tenetur, *d. l. 28. & l. 1. §. 8.*

ff. de

ff. de O. & A. Proinde, quando mandator solvit, debitor principalis non liberatur ipso jure, sed ope tantum exceptionis, *d.l.28.* Cum igitur substantia obligationis adhuc hæreat in debitore principali, nihil vetat cessionem fieri, nec obstat regula, *quod non entis nulla sunt affectiones.* Verum quando fidejussor solvit pro debitore principali, cum is non suo, sed alieno nomine teneatur, & debitoris nomine solvat, hujus obligatio tollitur ipso jure, non secus ac si ipse solvisset, ut docet Justinianus *fin. pr. Inst. Qu. mod. tol. obl.* consequenter cessio post solutionem facta, nullum reperit fundamentum aut materiam cessionis habilem. Conantur quidem Dd. fidejussionis naturam ad mandati similitudinem hac parte redigere, a quo nec abhorret Mandius *d. Tr. de Act. cess. n. 1. 4. & seq.* sed invita juris ratione. Quanquam species æquitatis fecit, ut passim recepta sit hæc sententia; Fidejussoribus e pluribus unum, qui solidum solvit, partes a confidejussoribus, etsi nullam a Creditoribus acceperit cessionem, recuperare posse, quasi solvens reliquorum negotia gessisset, unde & utilis negotiorum gestorum actio hic solet produci, teste Argentræo *ad Consuet. Brit. art. 213. gl. 2. n. 4.* Wissenb. *Tit. de Fidejuss. n.19.* Unde consequenter, an post solutionem fieri possit cessio, nihil opus est quæri, vel dubitari, nec adeo dubitatur in Foris hodiernis.

Verum quoties non de confidejussoribus, sed de creditorum concurrentium præjudicio agitur, cessante præsumpta negotiorum gestione, cui respectu creditorum, nullus est locus, valet ratio Juris Civilis, ut nec fidejussor habeat jus creditoris absque cessione, nec nisi ante solutionem facta cessio, recte facta judicetur. Multi mea memoria suo ingenti detrimento id experti sunt, quando solutione sine cessione facta, deinceps eam a Creditoribus impetrandam putaverunt. Jam olim ita refert judicatum esse, Nauta noster in hac specie: Primus pro Secundo fidejusserat, & solverat creditori, cujus jure hypothecario petebat se præferri reliquis debitoris creditoribus tempore postpositis, & prælatus est a Commissario Curiæ, hac lege, si exhiberet cessionem a creditore præstitam. Exhibuit ille cessionem, verum solutione facta toto decennio juniorem; Non tenuit suum locum, sed rejectus est ad personales creditores, *in causa Georgii Henrici, contra Wilhelmum van den Zande & Isbrandum Friderici, 15. Jul. 1636.*

10. Sequitur effectus Cessionis, qui jam supra demonstratus est in duobus consistere, scilicet emolumento actionis ad Cessionarium pertinente, & in jure movendi actionem. Prius indistincte pertinet ad mandatarium, etsi nulla mandati facta sit mentio; sed agendi jus & qualitas e mandato proficiscitur. Duplicem esse actionem, directam & contrariam, diximus antea; Directam nomine mandantis: Utilem, citra mandati mentionem, ex translatione juris, titulo proprietatis facta, proficisci. Sed hoc est indictum; Directam ab ipso cedente, factaque pridem Cessione, adhuc institui posse, quin & solutionem ei factam valere, quod ratione nititur exposita *d. tit. Inst. n. 3.* translationem juris alicujus incorporalis, ut est actio, non posse radicitus ab uno ad alium fieri; transire quidem emolumentum, sed jus ipsum manere penes cedentem, quasi ossibus ejus inhærens, nec raro fieri videmus, ut qui actiones suas vendiderant, pretio accepto se ad debitorem conferrent, ab eoque pecuniam exigerent. Cessionarius contra debitorem apocha genuini creditoris munitum, agere non potuit, venditorem suum quærere oportuit, sive is solvendo vel secus foret; ut responderi memini, cum matrona quædam Leovardiensis in hac civitate vendidisset obligationem mille septingentorum florenorum; quos ubi, tradito instrumento cum Cessione, accepisset, adierat debitorem, & ab illo cessionis ignaro sortem eandem exegerat. Sed huic imposturæ duplici ratione potest occurri: Primo, denunciatione facta debitori, quo cessionis fiat certior, ac uti sciat, cui sit soluturus, *l.7.C. de her. Vend.* Alterum remedium est, ut mature in jus vocetur debitor; nam si directam, qui cessit, actionem moveat, actio cessionarii sine dubio præfertur, *l. 35. de Procur. l.5. & l. 8. C. d. t. h.* Videbimus *ad tit. de Hered. vel act. vend.*

11. Sciendum quoque, actionem utilem in effectis notabiliter a directa discrepare; nam primo Cessionarius agens directa, tanquam mandatarius cedentis, tenetur ad eundem in reconventione defendendum, nisi cessio fuerit necessaria, *l. 33. §. ult. D. de Procur.* Sed quando cessionarius utilem suo nomine movet, facta solummodo tituli proprietatis aut translationis mentione, non tenetur ad reconventionem sustinendam, nisi probetur, cessionem in fraudem alterius esse factam, *l.34. eod.* Secundo, cum cessionarius utitur actione directa, tum obstant ei cunctæ exceptiones, quæ cedenti potuissent opponi. Sed in casu utilis acti-

actionis, distinguitur inter Exceptiones reales, quæ causam feriunt, & personales, quæ habent respectum mere personalem. Reales indistincte opponuntur Cessionario, quia plus aut minus in re cessa, quam cedens habuit, habere nequit, *l. 3. §. 1. de Pign. l. 4. §. 27. & pen. ff. de Dol. & met. except.* Personales exceptiones utiliter agenti cessionario non possunt opponi, nisi forte ex causa lucrativa cessio contracta sit, *d. l. 4. §. 29. & 31.* Proinde, si contra cedentem ex onerosa causa locum habere potuerit exceptio doli mali, vel pacti ne a se peteretur, aut quod quis non teneatur ultra quam facere potest, hæ similesque exceptiones, contra utiles cessionarii actiones frustra objiciuntur, *d. l. 4. §. 27. 28. 31. 33. l. 4. C. de Peric. & com. rei vend.* Sand. *d. tr. c. 14.* Denique & hoc ad differentiam effectus pertinet, quod actio directa, quæ nititur mandato, morte cedentis secundum mandati naturam intereat, *l. 1. C. de O. & A. l. 8. pr. ff. Ut leg. nom. cav.* & Sand. *ibid.* Tanti sunt hæ differentiæ, ut directa agendi ratio ferme ab usu Fori recessisse videatur; Vix enim unquam aliter cessionarios agentes videas, quam ut supra dictum est: *Titius ex Venditione vel translatione jus habens illius aut illius, contra talem.* Mandatum vix unquam præ se ferunt, adeo ut meminerim, Cessionarios directa agentes tanquam Mandatarios, in periculo fuisse, uti ex falsa qualitate agentes, amittendi instantiam. Ita in Decisionibus Curiæ nostræ MS. adnotatum reperio, cum Deputati ORDINUM *Frisiæ*, condemnati essent cuidam *Johanni Bernbardo*, qui simpliciter egerat *ex mandato N N.* & deinde cognovissent, victorem habere mandatum in rem suam, eique titulo proprietatis emolumentum causæ competere, Dd. se opposuerunt executioni, quasi ex falsa qualitate egisset, ac ita judicium ipso jure nullum esset: verum aliter merito judicatum, die ultimo *Mart. 1612.* Simul & hoc, instrumentum cessionis, habens titulum proprietatis & carens clausula procurationis in rem suam, non esse vitiosum, placuit, quod equidem verissimum est, per ea, quæ superius commemorata sunt. Et tamen si ex instrumento non habente clausulam procurationis in rem suam, ageretur actione directa, dicendum videretur, perperam institui, quia cum ejusmodi instrumentum saltem habeat titulum proprietatis, ex quo probavimus utilem tantum actionem nasci, cum directa vi mandati subnixa sit, manifestum est, ejusmodi instrumentum ad actionem directam non esse factum idoneum, quod an ita se in causa prædicta *Decisionis* habuerit, non reperi, nec adeo sic ibi fuisse existumem.

12. Ad Mandatum quoque pertinet CAMBIUM, quo moribus hodiernis nihil frequentius ad usus promiscuos in dissitis locis. Cambium est conventio, qua ego tibi mando, ut Tertio summam pecuniæ pendas, quam alius mihi jam dedit, vel de qua fidem illi habeo. Exemplum; *Ego* sim mercator Amstelodamensis. *Tibi* mercatori Veneto *Mando*, vel rogo & scribo, nam perinde est, *l. 1. §. 1. Mand.* ut *Tertio* peregrinatori, *Summam pecuniæ*, (non eosdem in specie nummos, qui mihi hic traditi sunt; nam in hoc commodum rei vertitur,) *pendas* aut statim, aut certa die, octava, quindena, alla ve post exhibitionem literarum; *Quam alius*, parens aut amicus peregrinantis, qui res ipsius curat in Patria, *Mihi jam dedit*, cum mandato curandi, ut tertio peregre tantundem adnumeretur. *Vel de qua fidem illi habeo.* Hinc liquet; duplicem in hoc negotio contractum verti, unum inter me & eum, qui dat mihi pecuniam, vel repromittit; alterum inter me & Te, cui scribo, ut pecuniam Tertio pendas. Accipiens illud mandatum, aut die dicta solvere debet, aut statim remittere cum protestatione. Quo casu Tertius non accipiens pecuniam, regressum habet adversus me, quo indemnis præstetur. Quod si Tertius mutato consilio, nolit accipere, renunciare potest, dummodo sine captione. Si vero tu acceptasti, & solvere cunctaris, parata executio est. Vide Grot. *manuduct. lib. 3. c. 13.* Hoc tam necessarium Mercaturæ institutum, in Jure tamen nostro non habet proprium explicationis locum, etsi veteribus ignotum non fuisse, manifestum sit. Illi permutationem nummorum appellabant; Antiquum etiam verbum, *Cambio*, idem significans quod Permuto, explicat Aleiatus *lib. 1. παρέργ. c. 45.* Græci id ipsum vocant κόλλυβον, id est, *ἀργυρίου ἀλλαγήν, argenti permutationem*, ut Pollux *Onom. 7. c. 30.* proprie illam, quæ fit apud mensam in continenti, per varias nummorum species. Inter absentes tamen, & pro usu peregrinantium, eodem *permutandi* vocabulo utebantur. Cicero ad Atticum *lib. 12. ep. 24.* de filio Athenis studiorum causa commorante, *De Cicerone*, inquit, *tempus esse jam videtur: Sed quæro, quod illi opus erit Athenis, permutarine possit, an ipsi ferendum sit.* Idem *lib. 15. ep. 15. Cicero noster scripsit ad Tironem, sibi post Kal. Aprilis, (sic enim annuum tempus confici,) nihil datum esse. Quare velim cures, ut* per-

permutetur Athenis, quod sit in annuum scriptum: ei scilicet Eros numerabit. Ejus rei causa Tironem misi. Curabis igitur, & ad me, si quid tibi de eo videbitur, scribes. Est hoc ipsum præsentis instituti *Cambium*, quod dicitur, & de quo ambigunt Interpp. ad quod genus contractus referri debeat. Permutationem juridici sensus non esse, patet inde, quod permutatio sit specierum, sive certarum rerum, ut infra videbimus, & in hoc negotio pecunia in genere utrimque vertitur. Mandati speciem esse, jam satis demonstratum est: Et quia inter absentes res semper geritur, est *Mandatum in Scriptis*, quod genus a Grotio adscribitur Cambio, *Introd. l. 3. c. 13. in pr. Wisseltekeninge is Schriftuirlike lastgevinge* &c. Scripturam tamen magis ad necessitatem, quam ad essentiam Cambii pertinere, dicendum videtur; Est enim Contractus consensualis, non scripturarius, vel qui literis contrahatur, adeoque si probari queat, partes consensisse, nihil est causæ, cur obligatio non contrahatur; Sed vix aliter quam per literas expediri potest; ideo nomen inde consequitur. Id autem singulare in hoc genere mandati servatur; Quod si is, cujus nomen in literis Cambialibus expressum est, eas non acceptet, alius quilibet acceptando & solvendo mandati actionem acquirat, adversus eum, qui literas scripsit, ut Grotius *d. loco* scribit *n. 3.* Quamvis autem liberum sit cuilibet, acceptare, vel cum protestatione rejicere literas cambiales, si tamen magister aut Institor, quive res alterius Mercatoris gerit, & jus habet mutuum pro illo accipiendi, miserit eas, non potest amplius recusare, scribit idem *n. 4.* Quod si is, a quo numeratio petitur, deficiat, ideoque petitor regressus ad mandantem sive Cambii signatorem, litemque cum eo contestatus sit, non liberatur tamen is, qui acceptavit, verum & ipse vi acceptationis suæ manet obnoxius, ut tamen unius solutione liberetur alter, *ibid. n. 7. Qui accept. &c.* Non eadem necessitate tenetur is, qui literas habet, earumque solutionem petit, is enim desistere & consilium mutare potest, *n. 10.* Sed non est hujus loci, exhaurire materiam, * quæ a Pragmaticis ejus generis copiosissime tractata, ab hoc instituto est alienior.

TIT. II.

Pro Socio.

I. Remissio ad Partem primam. II. Differentia Collegii a Societate. III. De societate Conjugum, quotuplex; observatio, quæ optima. IV. Temperamentum ejus apud Frisios. V. Modus eam ipso jure exercendi. VI. Quæ res in hanc societatem veniant. VII. Quæ non veniant, ubi de rebus donatis. VIII. Quæ damna inter Conjuges sint communia. IX. Qua ratione sors cuique sua, finito matrimonio, solum præstetur. X. Reditus ususfructus in sortem cumulentur, an vero pro acquæstibus habeantur. XI. An Conjugum alter, qui contraxit, in solidum, & quatenus conveniri possit. XII. Usus, quibus cessat Communio. XIII. Casus quibus finitur.

DE Contractu Societatis, egimus *Part. I. pag. 329.* & habuimus illic definitionem ejusque exegesin, divisionemque primo in generalem & singularem, sive omnium bonorum & certarum rerum; Addere potes, etiam *factorum;* uti ad donum ædificandam, opus redimendum, vectigalia conducenda, & id genus quotidie occurrentia, inter quæ navigantes nostri habent *Admiralitatem*, quæ est societas navigationis inter naves diversorum dominorum, communis defensionis causa, de qua vide Grotium *3. Introd. c. 2.*

2. Huc etiam Collegia referri deberent, si tam

* Adde de requisitis & forma Cambii ‡ apud nos, Leipzig. Wechsel-Ordnung, §. *3. sq.* de cessione ejus, Cambiisque indossatis, uti loquuntur, *d. Ord.* §. *11. & Mand. Nov. Reg. d. A. 1699.* de præsentatione. & acceptatione, §. *5. 8. 20. & 27.* de rigore denique cambiali, das erneuerte Marckt-Rescript *d. An. 1660. Corp. Jur. Sax. p. 1103.* Mencken. *Tract. Syn. Pand. L. XIX. tit. 5. p. 283. seq. & Disp. ad Proc. Proæm. I. th. 58. seqq.* Adde Churfl. Sächs. *Decisiv*-Befehl wegen der Wechsel-Briefe &c. *de dato 4. Sept. 1669. Mandat. Reg. de Cambiis Studiosorum 1718. d. 29. Dec. Mandat. Reg.* wieder das Ausborgen junger Leute, auch Ausstellung derer Wechsel-Brieffe *1724. d. 21. April. Mandat. Reg. de Cambiis Ecclesiasticorum 1718. 22. Mart.*

‡ Addantur etiam ea, quæ noviter constituta in *O.P.S.E.I. & E. Appendice* §. *11. seqq.*

essent

essent societates, quam sunt illis similia, nec raro ita nominantur; Sunt enim ad certos fines, non de omnibus bonis, Collegia quæ frequentantur, ut supra ad *tit. de his, quæ Univ. nom.* potuit intelligi. Præcipuum discrimen in eo consistit, quod in Collegiis habet locum prærogativa plurium suffragiorum, quæ pars minor collegarum sequi compellitur, quod secus est in societate, quoniam ibi quod pluribus placuit, singulis prohibendi jus est, *l. 28. ff. Com. Divid. l. 25. de S. R. P.* ubi limitatio, nisi jam factum sit quod sociis placuit; nec enim quod infectum unus prohibere potuit, idem factum retractandi jus esse debet. Alia est limitatio, quam D. Schotanus *Exam. h.* NISI QVID INSOLITI SIT, inquit. Sed ut hæc restrictio lege caret, ita vix patitur juris ratio, tam late patentem admitti exceptionem, quæ regulam tantum non absorberet: hoc tamen æquitas & publicæ utilitatis ratio dictat, ut si unus e sociis reliquis inique semet adversarium præbeat, is a Judice in ordinem redigi possit; Id enim Julianus indicat in *l. 84. §. ult. de Leg. 1.* ubi de sociis, *consentire autem vel sua sponte debent, vel judice imminente*, quod haud dubie in usu Fori valide obtinebit, ut Sandius quoque tradit *3. 8. 1.* Potest etiam pactis comprehendi, ut quod pluribus placuit, ad hoc singuli servandum teneantur, quo tamen facto definit simplex societas, & incipit esse Collegium, cujusmodi apud nos sunt Societates utriusque Indiæ, aliarumque Coloniarum & negotiationum, quæ cum primo fuerint Societates, deinceps in formam Collegiorum redactæ sunt, nec aliter administrari possunt.

3. Omnium bonorum societatem, iterum distinximus in universalem, & simpliciter generalem, ita ut prior sit, qua continentur & sortes bonorum, & reditus cum detrimentis: Posterior, ad quævis lucra damnaque de cunctis bonis refertur: de quibus *loco prædicto* cum satis actum sit, heic commonefaciemus, societatem, quæ moribus gentium hodiernis est inter conjuges, præbere vivum illius differentiæ exemplum, de qua cum nihil sit usitatius, paulo pluribus agendum putamus. Jure Roman. satis constat, inter conjuges nullam fuisse bonorum societatem, * nec rerum ipsarum, nec *acquæstuum*, quos vocant. Sed vir accipiebat dotem, alebat familiam, quod lucrabatur, id omne sibi habebat, mulier bona prætér dotalia vel penitus ad se recipiebat, quæ *Recepticia* vocabantur bona, vel marito administranda permittebat, quæ a Græcis παράφερνα, vulgo *paraphernalia* vocantur, *l. 7. D. Sol. Matr. l. 1. §. 15. ad Sct. Sil. l. 8. C. de Pact. Convent.* Hic mos antiquus recentioribus populis displicuit, quando, quos inter corpus animusque, divina humanaque omnia erant communia, inter hos bona separata haberi, videbatur ineptum. Quidam ergo, universalem inter virum & uxorem receperunt societatem, quos inter Batavi & plerique vicini. Nostratibus, aliisque pluribus ita visum est, sortem cujusque patrimonii distinctam esse atque manere, reditus ac quæstus, lucra atque damna, communicari. Quæ ratio cæteris præstantior esse videtur, non tantum, quod inter duas extremitates, quarum una nihil, altera in infinitum omnia complectitur, est media, sed etiam quia sanctitati conjunctionis, quæ est in matrimonio, per redituum communionem decore satisfit, & simul incolumitati patrimoniorum, quæ maxime ad hominum animos pertinent, prudenter consulit. Est & aliud argumentum, quo præstantia hujus instituti, consequentia minime fallaci elucescit; Quod apud eos populos, quibus placuit universalis conjugum societas bonorum, quicunque mediocri patrimonio prudentiaque sunt præditi, fere ita instituunt, ut pactis dotalibus societatem ad nostri moris instar restringant, & salvo cujusque patrimonio, lucra damnaque communicari velint, eaque re fit, ut in Hollandia vix unquam, apud nos vix nunquam, matrimonia sine pactis dotalibus contrahantur.

4. Modicum tamen apud nos receptum est temperamentum, quod inter agricolas, sive in agris, ut habet Statutum, *l. 1. tit. 3. art. 4. supellex intra medium parietem, post annum ab inchoato cohabitatione matrimonio, fiat communis*, modo illa supellex *pretium mille florenorum non excedat*; hoc etiam intellecto, si alterius supellex alteri jure hypothecæ non sit obnoxia, quia lex addicendo dominium alii, tertio non præjudicat; quomodo & judicatum apud Curiam Supremam, respectu hypothecæ, quam liberi prioris matrimonii habent in bonis parentis sui binubi;

* Nec apud Saxones ea regulariter, ratione proprietatis, obtinet, licet marito omnium bonorum uxoris naturalis possessio, & ususfructus, ac administratio competat. *LR. l. 1. art. 31. 45.* Carpz. *de Jur. Fœmin. sing. Dec. 3 pos. 9.*

nubi; In causa *Catharinæ Nanniæ, contra Sibrandum Petri, ante ferias N. C. 1617. notis MS. ad d. art. 4.* ex cujus verbis patet, hanc communionem non habere locum in urbibus aut suburbiis, nec in instrumento rustico, quod habetur in horreis & stabulis, quæ *mediis parietibus* a dictis distinguuntur. Denique, si quæ supellectilia post initum matrimonium, alteri conjugum seorsim obvenerint, hæc sub proprietate Statuti, quod stricte accipiendum, non comprehenduntur, ut probat Sand. *l. 2. t. 5. def. 5.*

5. Porro, lucrum & damnum inter conjuges *ipso jure* communicatur, ut sunt verba Statuti, *art. I.* id est, immediata vi legis, sicut alias hæc verba solent explicari. Proinde non est opus ullo cessionis actu, ullo traditionis facto. Nihil etiam interest, cujus pecunia vel labore aliquid acquisitum, vel utrius culpa deperditum sit: Nec etiam, unius an utriusque nomen instrumento ea de re composito, sit insertum. Legis enim, quæ fit immediate, operatio non recipit ejusmodi factorum differentias; modo constet, durante matrimonio factum esse quod quæritur; ut pluribus docet Sand. *l. 2. t. 5. def. 6.*

6. Res, quæ in societatem veniunt, sunt omnigeni fructus reditusque bonorum, licet alterutri propriorum. Similiter, quicquid unus emit, meruit, aut ullo modo acquisivit; sub hac tamen limitatione, nisi causa acquisitionis sit ejusmodi, ut alteri conjugum nullo modo convenire possit; cujus rei exemplum est, quando alter domum aut agrum jure sanguinis retraxit, nam prædium illud tali modo retractum, alteri a sanguine venditoris alieno, contra mentem legis acquiri non potest, ut docet idem Sandius *d. tit. def. 3. vers. deinde.* Scilicet si conjux retrahens communi pecunia fundum redemerit, id alteri deinceps communi dividundo judicio reddi debere, res ipsa loquitur.

Idem quoque dicendum, si quod publici muneris officium a viro sit emptum, ut apud nos, Lege quidem certis casibus, de facto nimis heu! promiscue fit; Quanquam mariti proprium sit officium, si tamen communi pecunia sit emptum, ipse vel ejus heres, partem pretii dimidiam restituere debet uxori, quantum scil. vere de communi expensum est, non quanti illud officium tempore soluti matrimonii potuerit vendi, quod miror a Nauta nostro in decisione *MS. 41.* Curiæ nostræ placuisse, adfirmari. Nam hæc interpretatio supponit æstimationem munerum publicorum, quasi essent in patrimonio, quæ nunquam fuit Curiæ sententia, quod satis constet. Quid si pluris venditum sit durante matrimonio, quam prius erat emptum, an hoc lucrum uxori quoque debetur? Distinguendum puto. Si lege permittente facta fuerit, debetur; sin minus, non videtur deberi, quia lucra turpia, cujusmodi hoc est reputandum, non veniunt in communionem, sed manent periculo & commodo ejus, a quo acquiruntur, *l. 51. §. Ibidem ait. 17. Pro Soc.* quo pertinent alea, stuprum, (Vespasianus adamatus) & similia. Decisio Supremæ Curiæ, quam loco citato refert Nauta, nil habet aliud, quam maritum fuisse condemnatum ad præstandum pretii partem dimidiam, quod emptum & venditum erat constante matrimonio, tametsi adprobatio Ordinum non esset impetrata, nisi triduo post uxoris obitum, in causa *Allardi Heixan, contra Sapientiam Sirxma, X V. Jul. 1637.* Denique, ad causam acquirendi conjugum alterutri propriam, pertinet hic casus; si vir fundum sibi proprium alio fundo permutaverit; manet enim novum prædium ipsius proprium atque in alterius locum successisse videtur, Sande *d. def. 3. vers. Res permutata.* Idem est, si alter conjugum rem suam ante matrimonium vendiderit sub lege retrovendendi, si deinde fundum ex pacto redemerit, manet proprius redemptoris, pretio videlicet, si de communi venerit, inter eos adæquando, Sandius *eodem loc. vers. Quid si alter.* Similiter, quando alter conjugum per transactionem aliquid acquisierit, quod ad se pertinere contendebat, hoc ad solum transigentem spectat, quia non tam de novo acquisitum, quam jus vetus constabilitum videtur.

7. Haud eadem est ratio, si alter suas res vendiderit, & novas iterum comparaverit; nam ut quantitas pecuniæ ex venditione prioris fundi redacta, manet ejus cujus res fuit, ita quod denuo est emptum, quia constante matrimonio quæsitum est, non nisi commune fieri potest, Sande *d. def. vers. Similiter.* Inspicitur autem quod ad hanc communicationem, tempus perfecti, non impleti contractus; ideoque si res empta fuerit ante, reddita post initum conjugium, res non fit communis, ut auctor est Sandius *d. loc. vers. Similiter.* Idem est, si quis ante matrimonium litem super aliqua re contestatus, post initium ejus, rem obtinuerit per sententiam vel transactionem. Sandius *d. def. 3. vers. Dubitatur.* Eodem modo si usucapio ante matrimonium legitime

me inchoata, postmodum impleta fuerit, dominium sequitur initii causam, ut observat Argentræ. ad *Consuet. Britann. artic. 418. gl. 2. in fin.*

Præterea, de Donationibus ambigitur, communicenturne, an ei soli, cui res donatæ sunt, acquirantur. Et primo quidem de Colonorum donativis, quæ præstantur ex lege conductionis, non est dubium, quin hæc fiant communia ratione temporis, quod matrimonii durationi respondet. Videlicet, bonis temporibus præter annuas pensiones quas Coloni solvunt, certis quoque temporum intervallis donativa præstabant fere septennii vicibus, quæ utcunque donationis nomen haberent, propius tamen ad mercedem, cujus quasi superpondium erant, accedebant, ac proin merito inter reditus numerabantur. At de veris donationibus, quæ proficiscuntur ex liberalitate, quæsitum est, an communes fiant. Non fieri communes, censet noster Herbajus *de reb. quotid. c. 17.* multique cum eo, nec ipsa non ratio, quoniam liberalitas respectu mere personali exercetur, quam alteri conjugum non convenire, palam est. Aliter tamen a Frisicæ Curiæ Patribus est judicatum, super casu torquis aurei marito donati, apud Sand. *2. 5. 3.* Tentare velim, an medium aliquod conciliandi facultatem habeat, ut distinguitur inter donationes magnas & modicas. Magnæ donationes, ut prædiorum, & ingentium pecuniæ summarum, ejusdem naturæ cum legatis & hereditatibus esse videntur, ut ejus tantum sint, cujus eas fieri voluit donator. Sed mediocrium rerum donationes, qualis est torquis aureus, poculum argenteum, similiaque, judicis arbitratu discernenda, pro acquæstibus & lucris communicabilibus haberi posse videntur, qua de re dix. *Ausp. dom. p. 31. seqq.* De Legatis igitur & Hereditatibus, inquam, non dubitatur, quin ad eum, cui relinquuntur, solum pertineant, Sandius *ibid. in fin.* Sed de donationibus mortis causa, major est dubitandi ratio, maxime si tu contractus inter res communicabiles ponas, nam donatio m. c. fit quoque per conventionem, *§. 1. I. de Donat.* & aliquando per traditionem inter vivos perficitur, *l. 2. de m. c. Don.* magis tamen est, ut, cum pro specie ultimæ voluntatis habeatur, ejusdem hac parte sit Juris cum hereditatibus atque legatis.

Hæc ita de reditibus & acquæstibus. Cæterum ipsamet bona cum suis accessionibus, manent ejus, ut dictum, cujus ab initio fuerunt. Proinde si res conjugum auctæ sint alluvionibus, vel impensis, & meliorationibus, quod accessit, sequitur causam sui principalis, intellecto, semper præstationem impensarum communiter factam, judicio communi divid. esse adæquandam.

8. Videamus de damnis & incommodis. De his est æque generalis regula, quod omnia damna, durante conjugio, ex qualibet causa orta, communiter a conjugibus portentur. Quamvis etiam vir pecuniam converterit in suos usus, imo in solutionem debitorum a se ante matrimonium contractorum, ut recte Sandius *ibidem*, licet Curia tum Quæstionem illam non deciderit. Etsi enim mulier non teneatur de ære alieno, ante matrimonium contracto, tenetur tamen ex debitis a marito tempore matrimonii quovis modo commissis, respectu Creditorum, inquam, qui non habita ratione, quam in rem vertantur pecuniæ, si licitum contractum inierint, utuntur jure Statuti. Quod si tamen sciverint Creditores, id agere maritum in fraudem uxoris & legis, non est dubium, quin locum haberet exceptio doli mali. Illud etiam non dubitatur, & sæpe judicatum est, si constet, aliquod debitum ante contractum matrimonium extitisse, novum autem instrumentum super eo compositum sit, ut uxor ejus participium haberet, id si probetur, nullum ei creare præjudicium, præterea, quæ bonis alterius propriis accidunt. Nam, ut de lucrosis accessionibus antea dictum est, damnosæ decessiones ipsas res diminuunt, nec ita nisi in dominum redundare possunt, Sand. *d. t. 5. def. 8. in fin.* Porro inter damna & jacturas reputantur debita quovis modo contracta, per alterutrum vel per utrumque, licet ignaro altero, sine distinctione causæ, inquam, etsi alea luxuriaque contractum sit æs alienum, Sande *d. def. 8. vers. Porro damna.* Sed mulctæ delictorum ita mere sunt personales, ut irrogatæ marito, non pertineant ad uxorem, *d. def. vers. Similiter si.* Fidejussiones quoque mariti sunt hujus naturæ, quia per SCtum Vellejanum & Authenticam *Si qua mulier.* factum est, ut mulier sit intercessionis incapax, ideoque ut per maritum fidejussionis oneri subjiciatur, propter quam eam Lex maxime voluit exemptam, ratio nentiquam patiebatur, *d. def. 8. vers. an etiam.* ubi tamen Sandius aliam reddit rationem. Quid si vir ex administratione Tutelæ vel Curæ sit reliquator, an & illud onus mulieri incumbit? Ita decisum est apud Sandium *d. def. 8. vers. Dubitatum.* Ratio dubitandi est, quod Tutelæ & Curæ officium non minus a muliere sit alienum, quam est inter-

cef-

cessio; unde non minus ab onere tutelaris obligationis quam ab intercessione liberanda videbatur. Sandius in loco citato reddit hanc rationem, quod Tutelæ obligatio fit e quasi-contractibus, mulier autem exinde, licet nupta sit, obligetur. Sed hæc ratio inde minuitur, quod non omnes quasi-contractus mulierem nuptam obligent; nec enim hereditatis aditio, aut negotiorum gestio, magis tenent mulierem, quam veri contractus, nec Statutum, nec jus Cæsaris, quasi-contractus hac parte veris eximunt, aut præferunt. Videndum igitur, ne non hæc potius sit ratio; Cum vir ex cura reliquator existit, pecuniæ pupillares in rem communem versæ præsumuntur, quod secus est in intercessionibus, quia fidejussores luere debent, quod non commiserunt.

9. Quando igitur lucra duntaxat & damna communicantur, manifestum est, singulos conjuges soluto matrimonio suam retinere sortem, idque recuperare posse: quem in finem diligenter consulunt, qui ab initio matrimonii rerum suarum descriptionem sive inventarium fieri curant, ex quo sua bona demonstrare & repetere possunt, quod ut a multis maximo suo detrimento negligitur, admonitione dignum erat. Advertendum est autem, ut pariter earum rerum, quæ utendo perituræ, vel tempore deteriores futuræ sint, æstimatio fiat, cum alioqui diminutionis sive deteriorationis, ut ajunt, ratio haberi nequeat: nam si talium rerum sola descriptio facta sit ab initio, nihil quam quod inde superest, finito matrimonio repeti potest, *l. 10. de Jur. Dot.* Sic utique jure Cæsareo videtur obtinere de rebus, quæ utendo consumuntur, in dotem datis. Verum tamen, quando ejusmodi res non in dotem datæ viro, sed ab alterutro conjugum in communionem illatæ sunt, æquitas dictare videtur, ut finito matrimonio totidem species sive corpora rerum, quot ab initio descripta sunt, restituantur, pretio secundum legem mediocritatis arbitrio judicis moderando, *arg. l. 42. de Jur. dot.* Ac ita, quia res frequentis usus est, consulere & respondere sum solitus. Quando igitur descriptio & æstimatio rerum, quæ usu consumuntur, recte facta est, tantundem finito matrimonio reddi debet, eodem fere modo, quo de usufructu talium rerum alias est dictum. Quantitas, inquam, pretii est ipsa sors, quæ salva manet ei, a quo in matrimonium est illata; reditus autem consistit in usu quantitatis ejus absque usuris. Projnde, qui res habuit, quæ constant pondere, numero & mensura, ut esculenta, potulenta, quin etiam vestimenta lanea, linea, serica, jumenta quoque & cætera, quæ vel consumuntur, vel minuuntur utendo, post finem conjugii, pretium earum rerum, vel tantundem repetere potest. Idem locum habet in lapidicinis, metalli & cespitum fodinis, agrisque figulinis, e quibus glebæ ustiles & figulinæ effodiuntur, sine facultate renascendi. Quod identidem effoditur ex agro alterius conjugis, ejus pretia sicut venduntur, accumulanda & pro sorte sunt habenda, usuris pecuniarum communi cedentibus utilitati, prorsus ut de hujusmodi rerum usufructu, suo loco dictum fuit.

10. An idem de legatis annuis & Usufructu sit statuendum, elegans est controversia. Sc. alteri conjugum legatum est relictum quotannis Centum aureorum: (de hac specie primo videbimus,) per XXX. annos duravit matrimonium, quo finito, heredes legatariæ petunt tria millia aureorum, tanquam sortem ex hisce legatis accumulatam. Alterius heredes ajunt, illos centenos aureos fuisse reditus, ac ita cessisse communioni, quæritur quid juris? Verius videtur, annua legata computari in sortem, alteri conjugum reddendam, interusurium autem pro reditu esse habendum. Ratio, quia multiplex est legatum annuum, totidem legata quot anni censentur, *l. 4. D. de an. leg.* Sicut igitur centeni aurei a triginta testatoribus legati, pro sorte habiti fuissent, sic etiam triginta annorum, licet ab eodem testatore legata, cum æque diversa sint, & singula legata, pro sorte haberi debent. Idem procul dubio statuendum, quando alterutri conjugum per contractum aurei centeni totidem annis præstiti fuerunt, siquidem hactenus legati & illis præstationis annuæ, nulla potest esse differentia. Consequenter idem juris esse in cunctis præstationibus annuis ac reditibus, de quibus post mortem nihil superest, adeoque de Usufructu quoque, ratio juris dictat, ut, inquam, reditus annui pro sorte cumulentur, & finito matrimonio restituantur; cum alioqui luculentus ususfructus alteri conjugum relictus, in irritum cederet, nihilque finito matrimonio sortis relinqueret, quod juris, æquitatis, & negotii naturæ contrarium esse, probat Sarmient. *lib. 3. Sel. interpr. c. 10. n. 5, & seqq.* Fuit hæc e quæstionibus una, quas in illustri Auditorio, cum primum e Senatu Curiæ supremæ ad Academicum otium reversus, Collationes domesticas auspicarer, ventilavimus. Etsi tum quidem de Ususfructus hac parte natura, non

sedit quibusdam primariis Auditoribus hæc sententia, quam propterea prolixe sumus executi in *Auspiciis Domesticis* paulo post editis, *p. 33. seqq.* Cæterum, quæ alteri conjugum a parentibus aliisve amicis, esculenta, potulentaque, mittuntur atque donantur, ea cum non habeant stabilem causam, vel certum jus constitutum, ita communicantur, ut sortem non efficiant, nec soluto matrimonio repeti possint.

11. Sic igitur lucra & damna communicantur; Quæ vir, inquam, contraxit, ea mulier pro parte dimidia reddere debet, nec aliter obtinet in his, quæ mulier sine viro administrare potest, ut e caussis œconomicis & communi mercatura, quemadmodum apud nos, & passim receptum est. Proinde creditores, singulos conjuges pro parte sua convenire possunt, ac ita instituunt omni die. Sed an & eum illamve e conjugibus, qui quæve solus vel sola cum ipsis contraxit, in solidum convenire possunt? Si contractus fuerit simpliciter initus ab uno, sine mentione conjugis alterius, tum creditori, qui unius fidem secutus est, eundem quoque solum conveniendi facultas datur, per *l. 2. §. ult. ff. de Exercit. act.* Sed quando contractus ab altero conjugum est initus nomine amborum, i. e. a Viro pro se & pro uxore sua, vel pro se & tanquam Curator uxoris, vel ipse & uxor pariter, nec vir se in solidum obligavit, tum Creditor duorum fidem secutus est, ideoque suam actionem nullo modo aliter instituere potest, quam sciens & volens contractum celebravit, ideoque singulos pro parte duntaxat convenire potest, * non eum, qui contraxit in solidum, nec durante, nec soluto matrimonio, ac ita judicatum est in suprema Curia, contra *Zasker Haeyes, in sua qual.* contra *Sixtum a Rinia* in *qual. d. 26. Mart. 1667.* Tamen & aliter esse judicatum, sc. virum, qui obligatus erat pro se & tanquam maritus ac Curator uxoris suæ, in solidum esse condemnatum, meminimus in causa *Jik Abes*, contra *Gorwinum Spitbolt* cum *soc. 8. Nov. 1680.* Ex ratione juris communis sic non potuisse judicari, satis constat, quia Curator e contractu ratione officii inito, nomine proprio non potest condemnari, ut alias dictum, & rursus suo loco videbimus. Sed oritur hæc diversitas e verbis Statuti *l. 1. tit. 3. art. 1.* ubi dicitur, contrahentem e conjugibus, solum conveniri posse *durante matrimonio.* Hæc verba de contractu ab altero conjugum simpliciter inito, loquuntur & intelligi debent, non etiam de reliquis casibus enumeratis, cum amborum nomine contractus est initus; Sed accidit, ut multi istæc verba de quovis contractu ab altero conjugum, sive unius sive amborum nomine inito, perceperint, unde varietas judicatorum. Verum ratio Juris & verba Statuti satis manifesta, suggerunt interpretationem a nobis demonstratam. Tu dices, ex illis Statuti verbis sequitur, eum conjugem, qui simpliciter contraxit, finito matrimonio in solidum non posse conveniri, sed eo durante duntaxat, e verbis determinantibus, *durende het Echte*, quibus aliquid juri communi derogatum videtur, quo is, qui contraxit, semper & in perpetuum teneatur, quia nemo ad tempus obligari potest, *§. 3. I. de V. O.* At per hoc Statutum vir aut uxor contrahens, non nisi *stante matrimonio*, solus vel sola tenentur. In hac sententia fateor me fuisse, tam apud Curiam supremam in disceptationibus Fori, quam deinceps: Tametsi a Senioribus ita acciperemus, eam Curiæ sententiam ab antiquo fuisse, verbis illis Statuti non eximi contrahentem obligatione solidi post finem matrimonii, sed hæc verba, *durende het Echte*, scrupuli tollendi causa fuisse adjecta, an etiam contrahens, integro matrimonio solus conveniri posset. Hæc interpretatio primo auditu alienior & improbabilis, examinata pressius, visa fuit solidior & recta. Dubitandi ratio fuit; quia consistente matrimonio, dum uterque in medio est conjux, iniquum videtur, alterum convenire solum, cum alter æque jure societatis & vi legis obligetur, quæ ratio dubitandi, finito matrimonio non observatur. Hoc igitur dubium Statuto fuit sublatum, nec animus fuit ejus conditoribus, rem statuere absurdam, ut qui solus contraxit, non teneatur solus, quando jam solus est: obligetur autem in solidum, quando conjugem juxta se conjunctum & obligatum, habet ad manum. Dixi in *Jurispr. hodiern. l. 1. c. 11. n. 53. & seqq.*

12. Addendi sunt casus, quibus cessat, aut finitur Societas conjugalis. *Cessat* in universum, aut in certis casibus. In totum, quæritur, an cesset communio, si matrimonium sit illicitum, quod negat Sandius, *2. 5. 2. arg. l. 22. ult. D. sol. matr.* ubi privilegia dotis etiam habent locum in matri-

* Juxta Consuetudinem in Saxonia receptam, socii in quacunque societate beneficio divisionis non gaudent, sed in solidum conveniuntur, teste Carpz. *P. 2. C. 17. def. 12.* atque ita pron. *Fac. Jur. Lips. Mens. August. 1700.* j. Lauterb. *Coll. Pand. tit. pro soc. th. 27.* Mev. *P. 4. dec. 169. n. 1.*

monio

monio putativo. Non cessat igitur, si quis ex sorore neptim, vel sororem uxoris habeat in matrimonio, ut Curia nostra judicavit, apud Saudium *d. defin.* Idem juris erit, si coram facie Ecclesiæ matrimonium non fuerit celebratum; si modo tanquam conjuges vixerint, nisi Lege pro nullo habeatur ejusmodi conjugium, ut in Hollandia, secus jure communi,& apud nos, Sand. *2.1.1.* Nam si pro Conjugibus se mutuo non habuerint, communio cessat, ut palam est, judicatumque refert Sandius, *d. defin. in fin.* Præterea cessat in totum, Pacto inter virum & uxorem ante matrimonium inito, quod satis frequentis est usus: Constante matrimonio, valet etiam, si modo non tendat in fraudem Legis, donationes inter virum & uxorem prohibentis, qua de re locus erit proprius *infra*. Quare si alterius bona sint notabiliter, ampliora, ut alter e tali contractu locupletior alter pauperior fieret, non subsistit. Ita memini, non esse dictum jus a Curia secundum pactum, quod mulier dives & imperiosa a viro impari expresserat, ut lucrum de bonis communibus ille ne participaret. Sed nec valere Pactum ante matrimonium, ut mulier partem lucri percipiat, de damno non teneatur, ponit Grotius *2. introd. c. 12. n. 6.* quod recte Grœnewegius limitat, ut respectu Creditorum obtineat: Satis enim constat, alterum conjugem nihil de alterius substantia reditibusque lucri percipere posse, priusquam Creditores sint dimissi, ut *ibidem* Grotius tradit *n. 16. 17.* Quo minus enim pactum de lucro, non de damno participando, quod in sociis jure communi valet, *§. 2. I. de Soc. l. 29. §. 2. h. t.* inter virum & uxorem valere queat, nulla causa profertur. Recte igitur ibi Grœnewegius, minus bene limitat alteram Grotii positionem; Quod mulier, nisi dimissis Creditoribus, nihil lucri de bonis mariti percipere queat, *Excipe*, addit ille, *si mulier sua bona stipulata sit integra fore:* Per hoc enim pactum sua tantum bona servat, lucri ex bonis viri, de quo Grotius, nihil adipiscitur.

Sed quo casu pactum de Communione excludenda est licitum, inter contrahentes quidem valet simpliciter; Adversus Creditores non valet, nisi publice promulgatum; Ratio manifesta, quod ex duorum contractu, tertio contra leges non præjudicetur ignoranti; Ac ita apud nos ut juris fert ratio, sic usus vult certissimus & quotidianus, quem probat Sandius *2. 5. 8. vers. si tabb. nupt.* & Goris. *Adverf. c. 16. n. 18. 19.* In Hollandia secus existimare pragmaticos & usum ferre, quod audio, non possum non mirari. Dicunt ita; si mulier pacta sit, ne de ære alieno, durante matrimonio contrahendo, teneatur, aut ut electionem habeat, utrum lucri & damni communionem habere velit, an secus; eam tunc in bonis suis recuperandis, omnibus præferri Creditoribus, nec ab illis conveniri posse, licet Pactum inter solos contrahentes celebratum, nec publicatum sit. Grœnewegius ad *d. Grotii locum* laudat in eam rem Edictum *d. 4. Octobr. 1540.* & *l. 12. C. Qui posterior in pign.* quæ de privilegio dotis loquitur, quod ab hac re est alienum. Nec enim bona, quæ mulier sibi retinet, exclusa communione, DOS sunt, nec ejus privilegio censeri possunt. Quin si DOS forent, tamen eo quod dotem recuperat mulier, non eximitur obligatione contractuum cum aliis initorum, qua vi legis obstringitur. Sed hæc pariter optime consistunt, ut mulier sua bona recuperet, & tamen pro parte sua Creditoribus satisfaciat: quo nihil est frequentius. Ex Edicto igitur diversam observationem proficisci oportet, cum legi vel rationi Juris communi non consentiat. Plane si maritus solvendo sit, aut unquam fiat, uxor, quæ dimidium æris alieni solvit creditoribus, quicquid expendit, a viro ejusve heredibus recuperare potest, ut ex dictis patet, & probat Sandius *ibid.* judicatumque ita refert Mornacius *ad l. 61. §. 4. h. t.*

In certis casibus cessat communio Conjugalis, ait Sand. in *defin. prædicta*, si conjux alter expresse contradixerit contractui, & laudat Barbosam ad *l. 1. C. Sol. matrim.* Quod verum est, primo, si mulier absque viro contrahat in ejusmodi rebus, in quibus sola contrahendi jus habet, ut in rebus œconomicis & mercatura, cui se miscet ex moribus nostris; Si marinus Creditori in tempore denunciet, se nolle teneri, mulier nec illum nec se obligare potest. Rursus autem mulieris contradictio, respectu potestatis maritalis, non valebit, nisi quando Vir officium boni patrisfamilias egreditur, aleæque & luxuriæ causa contrahit æs alienum: ut cordatæ mulieres, quæ decoctores habent maritos, aliquando instituunt; & ipse cuidam matronæ, cujus Vir mutuo sumpturus erat triginta sex millia florenorum, pro emendo centuriæ equestris magisterio, cum id e re communi neutiquam foret, eam facere posse respondi. In universum alioqui mulierem contradicendo maritalibus consiliis, vim Legis & communionis in singulis causis eludere posse, nullo modo statuendum est. Verum si contractus ipsi sint prohibiti, ut

si Vir ex emptione muneris publici debeat ipsi Venditori tantum, inde mulierem pro parte non posse conveniri, nota res est.

13. Sequuntur modi, quibus *finitur* Societas conjugalis; qui primo sunt iidem, quibus solvitur matrimonium, Mors & Divortium ex adulterio, vel malitiosa desertione. Quin & separatione thori ac mensæ, quoniam hæc Societas ad cohabitationem spectat,& quæ cum hac est conjuncta, mutuam operam industriamque conjugum, ut frequenti auctoritate probat Sandius *lib. 2. tit. 5. def. 7.* Ex qua ratione colligitur, reditus communium bonorum, qui sine labore operaque conjugum proveniunt, nihilominus esse communicandos, ut idem judicatum refert *in fine d. defin.* quod verum esse queat in casu ibi tractato, quando post mortem alterius communi Dividundo certatur. Nam si consistente vinculo conjugii, mulier, quæ sine causa secessit, reditus bonorum suorum petat, maritus oblata æquabilis cohabitationis copia, hanc petitionem refellere potest, ac ita sæpius in Senatu decretum fuisse memini, etiam cum mulier prægnans peteret sumptus puerperii; Causa cognita cum de ratione dissidii satis gravi non liqueret, officii potius admonita,& reditus ad lares mariti injunctus est. Hoc e contra facile conceditur, si conjux alterius intolerabili sævitia vel contumacia justam secedendi causam habeat, quia tum per ipsum non stat, quo minus industria mutua continuetur; huic communes acquæstus non esse denegandos,ut ibidem Sandius *vers. In eo igitur vertebatur quæstio.* Plane, si a Judice probata, vel decreta sit bonorum separatio, jam utrimque cessare Communionem, indubitatum est; nisi quatenus eodem decreto, modus, ut fit, huic rei sit impositus, quomodo partem redituum e bonis uxoris locupletis, memini marito adsignatam, vel uxori menstruum a marito pro re nata, fuisse præscriptum.

Sed Mors alterius conjugis habet frequentissimam quæstionis difficultatem, de rebus post obitum primi defuncti quæsitis. Et quidem de jure Civili decisa res est, Societatem morte finiri, ut nec pactio valeat in contrarium, *l. Adeo 59. h. t.* ubi sola vectigalium societas excipitur; Proinde si de matrimoniali Societate non sit diversa Consuetudo, standum est, & stamus in Frisia, Jure Communi, ut morte conjugis alterutrius Societas abscisse finiatur, Sand. *d. lib. 2. tit. 5. def. 9.* Nisi quod ea, quæ ex re communi quæsita & in eandem expensa sunt, non actione pro Socio, quia & hactenus finita est Societas, sed judicio Communi dividundo peti possunt, *l. 65. §. post mortem 9. & §. 13. h. t.* Quæcunque igitur superstes conjux non modo ex ultimis voluntatibus & donationibus, sed etiam ex negotiationibus,munere publico, privatave industria lucratur, ea sibi soli habet, nec cum liberis communicantur. Hoc ita satis,inquam,de jure certum; sed in facto multa difficultas occurrit, si post aliquamdiu alterius e conjugibus mortem,instituenda sit divisio,nec inventarium statim a morte factum reperiatur, sæpe nec in principio matrimonii, quo nihil apud nos frequentius. Certe cum non jus eo casu, sed probatio deficiat, si saltem per testes aut instrumenta, quid singuli conjuges initio vel fine matrimonii habuerint, demonstrari nequeat, non datur alius exitus, quam ut omnia sint communia; nisi quatenus,inquam, aliunde secus probari possit. Ergo bona, de quibus sciri potest, quod ante vel post matrimonium comparata fuerint, sunt ejus, a quo acquisita fuerunt: Idem ex *datis*,ut loquuntur, obligationum colligitur, nisi probetur, quod de communi pecunia post matrimonium elocatæ sint; quemadmodum contra, si constante matrimonio sint *datæ*, statuuntur esse communes, ut sæpe judicatum a Curia, quorum aliqua notat D. Saekma *in not. MS. ad Stat. l. 1. tit. 5. art. 1.* causa *Gerlof Jaus* contra *Wolpke Jarigs*,ante ferias O.S. 1625. Tametsi præsumptio non desit, quod de pecunia, quæ fuit alterius propria, sint elocatæ obligationes: Id enim probari, non præsumi debet. Positio juris perfecti, *quod constante matrimonio emptum aut contractum, id ipso jure commune fit*, non potest aboleri per diversam præsumptionem & probabilitatem; etsi forte probetur, alterum e conjugibus aliquandiu ante matrimonium inchoatum, habuisse pecunias aut obligationes, de quibus alias quid factum sit, non constet, ideoque præsumendum videatur, ex illis pecuniis emtas res, aut obligationes tempore matrimonii inde esse contractas, vel permutatas; Cum enim variis modis fieri possit, ut id aliter se habeat, nihil inde certi potest constitui, ad tollendam *hanc* thesin: Quicquid tempore matrimonii acquisitum est, sit commune. Sic arbitrati sumus, D. Philippus MATTHEUS, Medicinæ Professor nunc Honorarius & Frisiæ Archiater, & ego, tum Ex-Rector hujus Academiæ, Commissarii Senatus ad hereditatem Viri Cl. Joachimi FRENZELII, in Rectoratu defuncti anno 1669. Uxor superstes suorum bonorum, quæ ad virum intulisset,

liſſet, inventarium habebat; de mariti bonis nihil extabat: Plures erant obligationes tempore matrimonii ſcriptæ, quam ut credibile eſſet, e lucro matrimonii, quod pauculis annis conſtiterat, eſſe profectas: conſtabat etiam, ante matrimonium habuiſſe Virum obligationes, quæ modo non extabant, ut veri ſimillimum eſſet, ex earum pecuniis exactis novas obligationes fuiſſe compoſitas: Erant conjecturæ non infallibilis conſequentiæ; Proinde cum heredes Frenceliani & uxor inter ſe non convenirent, aliter a nobis conſtitui non potuit, quam ut pro bonis propriis uxoris haberetur, quod erat in ejus inventario; pro bonis mariti propriis, quicquid per teſtes, aut ex *datis* inſtrumentorum, eum ante matrimonium habuiſſe conſtabat; reliqua pro communibus habita & æquis partibus diviſa fuerunt. Quæſitum eſt de debitis, quæ maritus habuerat ante matrimonium, & quæ finito matrimonio reperta erant cancellata, ſine nota temporis factæ ſolutionis. Judicatum eſt, ab eodem videri ſoluta, qui contraxerat; uxorem aut ejus heredes petitores, probare debere, ſuo tempore ſolutionem eſſe factam. Idemque juris eſt de nominibus kalendarii, ſeu Codicis mercatorii, quæ contracta ſunt ante matrimonium, & finito matrimonio deleta proferuntur, ſine probatione quando deleta & ſoluta ſint, judicantur ad eum ſolum pertinere, cujus erat liber Rationum & qui nomina crediderat, niſi conjux, qui deinceps in ſocietatem venerat, ſecus probaret. Ita Curiæ Noſtræ viſum in cauſa *L. S. contra Doctorem P. I. cum ſociis, ante ferias natalitias 1680.*

Hæc quidem ita de acquiſitione rerum dubia inter ſtatum antecedentem & durantem matrimonii. De rebus poſt matrimonium ante Diviſionem quæſitis, preſſius paulo dicendum. Quando finita eſt alterius morte Societas, acquiſita deinceps fiunt Superſtitis indiſtincte, per *d. l. 59. & l. 65. §. 9. h. t.* ſalvis reditibus bonorum Communium, quos cedere communioni, ſuperius dictum eſt. Et quidem ſi inventarium poſt alterius obitum ſit factum, res expedita eſt: Inventario non facto, aliunde probari debet, quid quantumque poſt matrimonium contractum ſit acquiſitum; de quo id non probatur, hoc pro communi habendum, aut ſi res emptæ ſint, pretium a Communione profectum videtur; niſi quatenus conſtet, hoc etiam poſt alterius mortem fuiſſe quæſitum. Ob hanc incertitudinem evitandam, multis gentibus placuit, Inventario non facto, Societatem inter ſuperſtitem & defuncti heredes cenſeri continuatam: Ideoque bona a Superſtite quæſita, cum heredibus defuncti eſſe communicanda, ut multis auctoribus probat Sandius *lib. 2. tit. 5. def. 9.* Quibusdam ſpecialiter ita placuit in favorem liberorum, de quo Grœnewegius *ad l. 59. h. t.* Quin latius adhuc patet, quod Grotius *2. Introd. c. 11. in fin.* tradit, ſi viduus aut vidua, liberos habens, maneat in communibus bonis (non diſtincto, Inventarium ſit factum, an ſecus,) quicquid alterutri deinceps accedit, pro dimidia parte liberis acquiritur, ne hereditatibus quidem exceptis, (ſuppoſita Societate Conjugum univerſali, qualis eſt in Hollandia,) ſed eodem tempore liberos de ære alieno non teneri. Excipit Grœnewegius *ad d. locum* Legitimam liberorum, ex qua ſuperſtes Parens nihil acquirat, imo *ad l. 59. d. h. t.* dicta Grotii de certis tantum Hollandiæ Statutis municipalibus obtinere monet; In univerſa provincia negat ejusmodi Conſuetudinem extare; quinimo propter non confectum Inventarium conjugalem bonorum Societatem nullatenus continuatam videri, probat ex ſententia Curiæ Hollandicæ & conſilii *JCC. Batavorum, part. 1. conſ. 105. & part. 3. conſ. 137. 171.*

Præterea, finitur hæc Societas Pacto, durante matrimonio inito, nam quod ante fit, hoc non finire, ſed excludere Societatem, manifeſtum eſt; Sed de Pacto illo conſtante matrimonio inito, dictum obiter *ſupra.* D. Saekma *ad d. art. 1.* notat, conſtante matrimonio renunciationem lucrorum ac quirendorum fieri poſſe, non item acquiſitorum, ac ita judicatum refert in cauſa, *Doed Hovtema* contra *Hylke Douwes, anno 1610.* quod ferri poteſt, ſi non ſit evidens inæqualitas expectationis lucri futuri: Alioqui rectius, quod noviſſime Curiæ placuiſſe diximus, eſſe putem, ejusmodi renunciationes in fraudem Legis eſſe, vetantis omnia, quibus ullo modo fieri poſſit, ut conjuges a ſe invicem ſpolientur, & venalicia fiant matrimonia, *l. 1. l. 2. & tot. tit. de Donat. int. Vir. & ux.* Nec adeo dubium eſt, quin hæc ſit Societas donationis cauſa inita, quæ prohibetur in *l. 32. §. ſi inter. 24. eod. tit.* Sic etiam quod de Societate omnium bonorum, non modo redituum, ſed & rerum ipſarum, quæ inter virum & uxorem per annos 40. duraſſe, legitur in *l. 16. §. ult. de Alim. legat.* accipiendum. Valet in pactis primis nuptialibus conſtituta ſimpliciter: poſtea quoque, ſi alter inde non locupletetur, quod in donationis incidit ſpecimen *d. l. 32. §. 24.* Ergo Nigrina

grina, de qua Martialis *l. 4. epigram.* antenuptiali conventione cum marito ejusmodi contraxit societatem; nec enim contracto matrimonio, cum Virum liqueat inde fuisse locupletatum, ob rationem prædictam, effectum juris habere potuisset, quod tantopere laudat in illa Martialis.

Te Patrios miscere juvat cum conjuge Census,
Gaudentem socio participemque viro.

Factumque illud cum Evadnes & Alcestis, quæ pro Viris mortem oppetiere, comparat exemplis, addens:

Tu melius certe meruisti pignore vitæ,
Ut tibi non esset morte probandus amor.

Denique & hæc in fine conjugii usu venit observare, Communionem non censeri fuisse inchoatam a conventione matrimonii perfecta, sed a cohabitatione; in quo omnes consentiunt; Est enim societas *collaborationis*, ut bene Robertus *d. decis.* id est vere κοινοπραξία, sicut modo comprobatum est. Quid si convenerit, ut mulier Quartam, non dimidiam acquæstuum partem haberet, an dein, matrimonio per aliquot annos continuato, ad æquam & legibus convenientem Societatem admitti potest? Non posse, judicavit Senatus Parisiorum, teste Annæo Roberto *l. 4. Rer. judic. cap. 1.* qui rationes in utramque partem profert; Sed peremptoria hæc est, Quod etiam illa species Societatis cum donandi animo fit; Jus enim ex Lege, Pacto dotali sublatum, ejusque restitutio liberalitas erat.

Denique non semper ubi Cura maritalis finitur, Societas etiam conjugalis accipit finem; non utique si Vir furiosus fiat, quia matrimonium alterius furore conjugis non finiri, graviter docet JCtus in *l. Si cum duobus. 22. §. si maritus ff. Solut. matrim.* Ergo nec prodigentia mariti & interdictione bonorum, quamdiu cohabitatio continuatur: Etsi effectus Societatis his casibus imminui, non est negandum; Nec enim ex actis & contractibus furiosi prodigive Conjugis, alter, ut ex lege societatis oportet, obligatur, cum ipsum amplius contrahentem non obligari, manifestum sit.

LIB. XVIII.

TIT. I.

De Contrah. Emptione.

I. Recensio & remissio ad Partem primam. II. De consensu tractum temporis habente, & de venditione, quæ fit in scriptis; ubi sententia l. 17. C. de fid. instrum. *declaratur; III. Et cum usu temporum conciliatur. IV. Aliud exemplum consensus tractum temporis habentis controversum. V. De pretio, & quid juris, si res & pecunia simul detur: rem potius, quam verba spectari. VI. De pretio minuendo vel augendo, ratione minoris aut majoris quantitatis, quam dictum erat. VII. Quid juris circa pactum metiendi agros. VIII. De rebus vendi prohibitis. IX. De personis, quibus emere, vendere licet, aut secus. X. De Pacto Constituti in emptione venditione. XI. De pacto reservati Dominii.*

Si quis roget, cur Titulus de emptione venditione, qui usu & dignitate est ante Mandatum ac Societatem, & qui in Institutionibus primo loco fuit tractatus, heic illos sequatur; si ratio certa constitit nostris, hæc fuisse videtur, ut accessorii tituli, qui Emptionem Venditionem numero sequuntur, huic immediate subjungi possent, cum usque post omnes illos rejicere Mandatum & Societatem, minus aptum videretur. Habet hic titulus partes, ut indicat Rubrica, tres, Primam de Contrahenda emptione, Alteram de Pactis inter Emptorem & Venditorem compositis, Tertiam de rebus, quæ venire non possunt. Articulum primum habuimus ad *tit. Inst. de empt. vendit.* ubi tria, quæ vulgo dicuntur, hujus contractus substantialia, Consensus, Merx & Pretium, exponuntur. Dicta, quod nusquam facimus, heic non repetemus.

2. Sed quædam ad Consensum, qui tractum temporis habet, spectantia collocabimus. Tractum temporis habet Consensus variis casibus; Primus & notissimus est, si convenerit, *ut in instrumentum recipiantur*, tunc enim prius non est perfecta venditio, sed partibus pœnitere licet, quamdiu *instrumenta non fuerint perscripta atque subscripta. per l. h. t. & l. 17. C. de fide Instrum.* quod jam attigimus in *prælect. ad prædict. tit. Inst.* Sed usus negotii pressius heic loci considerandus

tandus est, quod futurum diximus *ad tit. de Transact. n. 8. pag. 642.* Nam verba *d. l. 17. C. de fide instrum.* talia sunt, ut comparata videri possint ad omnes contractus subvertendos. Vix enim ulla unquam venditio majoris momenti celebratur, quin partes ejus animi sint, *ut in instrumentum recipiatur*, id etiam plerumque exprimitur; nec raro plures dies, hebdomadæ, menses intercedunt, antequam subscribatur; si tantisper liceat pœnitere & ante subscriptionem recedere a Contractu, nimis magna strages fiet in observantia commerciorum. Diximus in citato *ad tit. de Transact.* loco, id esse intelligendum, *quatenus partes suum consensum a scriptura suspendissent.* At quia Constitutionis laudatæ verbis ista limitatio non continetur, & vix satis congruere videtur, res paulo clarius demonstretur.

3. Verba Justiniani in *d. l. 17. Contractus venditionum &c. quas in Scriptis fieri placuit, Transactionum etiam, quas in instrumento recipi convenit, non aliter vires habere sancimus, nisi instrumenta in mundum recepta, subscriptionibusque partium confirmata, & si per tabellionem conscribantur, etiam ab ipso completa, & postremo a partibus absoluta sint, ut nulli liceat, priusquam hac ita præcesserint, vel e scheda conscripta, (licet literas unius partis vel ambarum habeat,) aliquod jus sibi ex eodem contractu vel transactione vindicare: adeo ut nec illud in ejusmodi Venditionibus liceat dicere, quod pretio statuto necessitas venditori imponatur, vel contractum Venditionis perficere, vel id quod emptoris interest, ei persolvere.* Quid ergo? Fiat Venditio, partes de conditionibus plene convenerint, eas scheda complexi sint, subscripserint, *provisionaliter* ut vulgo, hac lege, ut notariale instrumentum inde conficiatur idque absolvatur: Licitumne erit, omni tempore, quod perfectionem illius instrumenti notarialis præcedit, pœnitere? Ex his quidem verbis ita videtur; sed obstat publicæ utilitatis ratio, & evidens contractuum subversio. Mornacius ad *d. l. 17. Agitatum vidi sæpius*, inquit, *utrum conventione subscripta a partibus, qua cautum est, ut instrumentum a Tabellione conscriberetur, pœnitere interim alterutri liceat, antequam adeatur Tabellio, qui instrumentum conficiat. Pronunciatum vero semper est ex Baldi ad h. l. sententia, conventionem scil. ratam semper haberi, parereque actionem. Pactum enim quodlibet, ait ille, contractus est. Ita obtinui anno 1595. adversus Thomam Martinum, qui ex hoc textu contendebat, formam conventioni deesse, sine qua proinde convalescere non poterat pactio, quippe imperfecta.* Hactenus Mornacius, eaque velim cum iis, quæ ad *tit. de Transaction.* demonstrata sunt, conferri. Denique, si venditio consensu perfecta sit, etsi partes, ut instrumentum a Tabellione fieret, constitueriut, valebit tamen contractus consensu perfectus, nec ab instrumento deinde conficiendo suspendi poterit, ex sententia Baldi, Mornacii, Curiæ Parisiensis, ac ut opinor, ex usu Fori indubitato.

4. Sed videndum, ne non verba legis modo recensa ab hac sententia abhorreant. Autumnus aliique Censores dicent, abrogandam & abolitam esse *d. l. 17.* Satius est, ut Justiniani dicta cum usu diverso conciliemus. Sic ait *pr. Inst. de Empt. vend. Sed hoc quidem de Emptionibus & venditionibus, quæ sine scriptura consistunt, obtinere oportet, in iis vero, quæ scriptura conficiuntur, non aliter perfectam esse venditionem constituimus, nisi & instrumenta emptionis fuerint conscripta.* Notanda sunt verba, *quæ scriptura conficiuntur*, ut ejusdem sensus intelligantur cum his, quæ sunt *in d. l. 17. quas tamen in scriptis fieri placuit.* Hæc verba sic sunt accipienda, ut loquantur de casu, quo ipsa celebrandi contractus historia, (liceat ita loqui,) per scripturam committitur. Fere ita, quemadmodum in negotiis majoris momenti, quæ scil. contrahentes non statim cernant, quia majorem habent ἀναθεώρησιν, fieri videmus: De talibus in scripto fit *projectum*, ut loquimur, quod ab altero contrahentium vel tertio concipitur, ut cum utroque communicetur, addatur, emendetur, minuatur, suppleatur, donec ambo tandem contrahentes, omnibus collatis & excussis, in unum consentiant. Sic contractus in scriptis celebratus dicitur, hac mente, ut in mundum a Tabellione redigatur, redactum a partibus recenseatur, nec prius valeat, quam ab illis cum *minuto*, quod vocant, collatum, exacte cum eo convenire deprehensum sit, ad quam contrahendi rationem respicere putat Justinianum Mornacius in *Nov. 44.* ubi σχεδαὶ memorantur; sunt schedæ in eum modum a partibus exaratæ, quæ in χάρτην καθαρὰν, *mundum* rediguntur, cujus approbatio & subscriptio vocatur πλήρωσις καὶ τέλεσμα τοῦ συμβολαίου. Recte ita Mornacius, qui tamen an recte notet Brissonium, quod illam schedam vocet *minutam originalem*, nescio. Nam illa rudis scriptura, quæ ex parti-

um lituris conficitur, istis Brissonii verbis apposite exprimitur, nec opus est verba *minuti originalis* referantur ad usum Notariorum, qui sic vocant acta, quæ primum ex ore partium protocollis inserunt. Atque ad hanc speciem usumque memoratum, si verba *d. l. 17. & pr. Inst.* de emptione venditione restringamus, ut verba facile permittunt, nihil ab usu alienum in iis continetur.

5. Casus alius, quo consensus in emptione venditione tractum temporis habet, suppeditat publicarum venditionum usus, quæ apud nos & alibi, modo forte licet diverso, genere duntaxat eodem, exercentur. Exemplo licebit uti nostrate: Quando publice res immobiles venduntur, moris est, ut licitatoribus ligneæ duplices tabulæ distribuantur, quarum in una pretium literis exprimunt, altera scripturam tegunt. Traditis tabulis & ab actuario apertis, interrogatur licitator quid pretii scripserit. Si viva voce facta declaratio cum scriptura conveniat, perfectus est consensus, emptioque & venditio. Si plus quam scriptum est, eum voce profiteri, contingat, certe etiam ad hoc tenebitur. Si minus quam sit in scriptura declaraverit, quid juris? Si per errorem plus scriptum esse quam cogitatum, serio, & si opus sit, juratus adfirmet, haud amplius eum præstare cogi, quam quod verbis enunciavit, respondit Facultas Juridica *anno 1671.* ob has rationes: I. Quia consensus in illa specie facti, momentaneo actu non committitur, sed habet tractum temporis, quo scriptura fiat, & interrogatio ac responsio sequatur. Fit enim tunc emptio & venditio per Scripturam non solam, sed viva voce confirmatam, perinde ut superiore casu Emptio scriptura privata celebratur & a Tabellione confirmatur, licetque pœnitere, donec ultima manus accedat. Præterea, si scriptura sola sufficeret, non facienda erat interrogatio, quid quantumve scripsisset licitator, sed addictio simpliciter in summam scripto designatam facienda foret. Interrogatio & responsio, hoc est stipulatio solennis subsecuta, non debet esse otiosa, nec inutilis ac superflua. Pluribus id tunc responso Facultatis deductum est, aliter tamen a Suprema Curia in istac specie facti judicatum intelleximus; incertum an non aliæ fuerint circumstantiæ, quæ Amplissimum ordinem moverint, siquidem qui decisionibus non intersunt, de rationibus concludendi juridicis nihil existimare possunt. Plures casus, quibus tractum temporis habet consensus, non prosequemur. Est alioquin inter eos, quælibet publica venditio, quæ fit moribus hodiernis, in qua multis plerumque diebus tractatur & sustinetur consensus, verum hac de re satius erit ad *Tit. de Addict. in diem*, agere.

6. Alterum substantiale Venditionis emptionis, diximus ad *Inst. h. t.* esse PRETIUM. Quando res pro re datur, est permutatio, si res cum pecunia concurrat, hac prævalente vel æquivalente, tamen est Emptio; si palam res sit pluris, erit permutatio, sed in dubio præsumitur esse emptio venditio, quia frequentior est ille contractus. Sic Nauta noster ait fuisse Curiæ judicium in hac specie; Domus erat translata pro 1175. florenis Philippicis, & pro domo alia cum duabus diætis sive cubiculis separatis. Tu dices: quid refert, quo nomine vocetur. Nihil certe, nisi effectus essent notabiles; nam si permutatio sit, datur pœnitentiæ locus, quamdiu pars adversa vicissim non tradiderit, secus ac in emptione venditione, quod discrimen habuimus ad *tit. de Condict. caus. dat. & non sec.* Effectum alium in hac specie videmus; Primus transtulerat in Secundum sesqui jugerum agri pro sesqui centum florenis & pro equo. Contrahentes permutationem vocabant, Tertius retractum habere cupiebat. Si venditio esset, habebat locum; Si permutatio, cessabat. Respondi consultus, esse locum retractui, si equus non esset evidenter pluris quam 150. floreni, cum nec suspicio abesset, eludendi retractus causa hunc circuitum esse excogitatum. Actum *19. Maji 1688.* Scilicet, non quod verba præferunt, sed quod agitur, considerandum. Si quis enim donandi causa magni rem pretii, uno nummo vel pretio dicis gratia adjecto, vendat, non est venditio, sed est quod agitur, *l. 38. h. t. l. 2. & t. tit. Plus valere quod actum.* Ita si quis officium publicum empturus, ut liquido jurare posset, se non emisse a Domino, qui venale habebat, emit cultrum pro decem millibus florenorum, non cultri, sed officii emptionem fuisse, nemo neget, nec ipse vir amplissimus, qui de se ipso rem nobis memorabat, aliter præ se ferre, visus vel ausus est.

7. Præterea ad pretii rationem pertinet hæc species facti: Titius vendidit Secundo prædium apud *Coudumanos*, pro octo millibus; cujus prædii tres solummodo partes ad ipsum pertinebant. Emptor itaque sex tantum millia solvere volebat; Venditor, Tu, inquit, non ignorasti, me pro tribus saltem partibus prædii esse dominum: quod

quod igitur pretium inter nos convenit, pro eo, quatenus meum erat prædium, te debere intellexisti. Emptor se hoc scivisse fatebatur, sic tamen juris esse statuebat, prædio simpliciter certoque pretio vendito, detrahendum esse tantum de pretio, quantum de prædio non tradebatur. Curia, cum, interlocutione ordinaria & extra ordinem facta, rem in iisdem terminis deprehendisset, emptorem ad integri, quod convenerat, pretii solutionem, sine deductione quartæ, condemnavit, teste Nauta *Decis. 29.* Facit Textus in *l. ex mille jugeribus. 64. §. ult. D. de Evict.* ubi Papiniani hæc est ratio; quod is, qui jugerum pro indiviso commune, simpliciter vendidit, perinde partem dimidiam vendidisse credatur, ac si locum & fundum certum vendidisset. Proinde, qui hoc modo jugerum vendenti, certum promisit pretium, ad hoc solvendum tenetur, quia scivit, quid venderetur. Vide tamen Gomezium *tom. 2. cap. 2. de Empt. Vendit. n. 12.*

8. Huic admodum vicina magisque frequens est Quæstio; Si fundus *tot* jugerum ita sit venditus, ut pro singulis jugeribus *tot* aurei solvantur, & minor vel major jugerum quantitas reperta sit, an idcirco pretium augeatur, vel minuatur. Distinctio communis & verissima est, utrum fundus ad corpus sive speciem, an ad mensuram vel numerum jugerum sit venditus. Si ad corpus, non variatur ex majore vel minore numero pretium; secus si ad mensuram tot jugerum: quam distinctionem ejusque auctores, laudat & illustrat D. Wissenbach. *ad h. tit. th. 6.* Distinctio, inquam, verissima, modo recte intelligatur, quid sit ad corpus seu speciem vendere. Puto autem id esse, quando fundus limitibus, non quantitate jugerum, est circumscriptus. Si jugera exprimantur, vel quoties fundus ita venditus est, ut ad singula jugera pretium imponatur, secundum majorem minoremve mensuram, variat pretium, *l. 40. §. 2. h. l. 13. §. 14. & l. 42. in pr. de Action. empt. l. 45. & l. 69. §. ult. de Evictión.* Ex quibus locis id facile constat, quoties numerus jugerum expressus est, etsi pretium non in singula jugera, sed in totum corpus agri sit conceptum, venditorem tamen ad numerum, vel id quod interest, teneri præstandum, d. *l. 13. §. 14. & l. 42. de Action. Empt.* Nisi diserte aliud sit expressum; quemadmodum fit a nostratibus, quando prædium vendunt *tot* jugerum, addito, *doch soo grot en kleen deselve mag zyn*: quibus verbis derogatur professioni jugerum, ne pretium pro numero mutetur. Quemadmodum si contraria sit mens contrahentium, solent eam his fere verbis exprimere, *t' einde mate, t' einde gelt.* Sed etsi hæc verba non adsint, in dubio tamen subintelliguntur, quoties jugerum numerus partium conventione fuit expressus, ut per *dd. ll.* probatur, & æquitas omnino dictat, tacitusque partium consensus, si minus sit in re vendita quam dictum est, aut emptor cognitum habuerit. Nec inauditum est, *si priore casu*, magna sit inæqualitas mensuræ inter id, quod dictum & compertum est, rem ad æqualitatem, Judicis officio, redigi, quasi res dolum contineat, si quis emptor aut venditor tantam alterius læsionem urgere perseveret. Ita refert D. Nauta, visum fuisse Curiæ Supremæ, cum prædium esset venditum, pretio in singula jugera definito, cum hac adjectione, *doch soo groot ofte kleen*; & discrimen septem mensurarum librallium, *Pondematen* quæ dicuntur, esset inventum, emptori esse concedendum, per modum restitutionis in integrum, ut tantum de pretio detraheret, quantum proportio discriminis exigeret, *in Causa Julianæ van Uylenburg*, contra *Goytjen Brunia, d. 15. April. 1636.*

9. Quando autem hæc est mens contrahentium, quæ solet esse, ut numero expresso pretium respondeat, solent frequenter adjicere pactum, ut si Emptor non sit contentus ea mensura, quam Venditor professus est, liceat ei intra certum tempus mittere agrimensores, quibus & Venditor suum hominem hominesve adjungere solet, ut secundum quod compertum fuerit, solutio fiat. Post tempus adjectum facta mensio & renunciatio, nullum habet effectum, *l. 40. in pr. h. t.* cujus satis est notabilis distinctio. Distinguit ita Paulus; Aut ita dictum est, *ut emptor diebus triginta proximis fundum metiatur, & domino renunciet, quando modus agri minor sit*; Aut ita pactum est, *ut emptor in diebus proximis fundum metiatur, & de modo agri renunciet.* Prima specie tempus est limitatum, ideoque si post triginta dies renuncietur, inutilis est actus. Altero casu, *in* proximis diebus, *met den eersten*, nihil præscribit; potest igitur, etsi multis post annis, emptor minore mensura inventa, in id quod interest agere, *d. l. 40. in pr.* ubi textus tamen leniter detergendus videtur; nec enim sensus, ut legitur, satis est idoneus. Videnda glossa & Gothofredus *ad d. pr.* Quæsitum memini, an viæ vicinales per agros decurrentes, accedere debeant agri mensuræ, item arundineta juncique palustres; de

 priori-

prioribus servatur, eas augere mensuram agri, ut & arundineta, quoad usque falces, quibus fœnum desecatur, pertingere possunt, ita sæpe judicatum, & memini in causa G. M. ante ferias O. S. 1679.

10. Pars secunda Rubricæ, quæ est de *Pactis inter Emptorem & Venditorem initis*, commodius ultimo loco reservabitur. Tertia pars Rubricæ, de *rebus, quæ Venire non possunt*, ad *tit. Inst.* huic parallelum breviter exposita fuit, *pag. 322.* breviter quidem; Sed vix est, ut longiori explicatione sit opus, nisi quod locus de prohibita alienatione aliquid novi adferat; quem inferius occurrentem nobis excipiemus. Heic addemus, inter ea, quæ venire prohibentur, apud multos populos esse frumenta, quæ in herbis sunt, ut pluribus cumulatis auctoribus probat Grœnewegius *ad l. 78. §. ult. h. t.* Item, ait, cautum est variis principum nostrorum Edictis, quæ frumenta ad consuetas nundinas venalia deferri, & contractus ruri aut domi extra nundinas factos, irritos esse jubent, ex Zypœo *not. jur. Belg. de Empt. vend. §. de Annona.* aliisque, & Sandio *l. 3. tit. 4. def. 7.* qui tamen aliam hujus Interdicti rationem reddit; verti scilicet favorem pauperum rusticorum, ne facile præsente pecunia venderent spem messis futuræ: Aleatorios ejusmodi contractus, non placere cum agricolis super cœli benedictione frequentari. Reliqui auctores, interdictum tendere velle videntur in favorem Civitatium, quæ gaudent agricolas compellere ad merces in Fora sua devehendas, ut multi hoc ad privilegii usum retulerint; quo pertinet jus, quod vulgo *Stapelrecht* appellatur. Sed hanc causam apud nos cessare, liquet inde, quod agricolæ nostrates suo arbitratu in vendendis frumentis semper usi sunt ac etiamnum utuntur; denique frumenta adulta messisque parata, libere quotidieq; publicis etiam auctionibus venduntur: ut unice hanc prohibitionem contra fraudes mercatorum inventam esse liqueat. Verum Statuta nostra non simpliciter frumentum in herba, sed majori quantitate prohibent, *by lasten te leeveren.* Ergo non prohibetur talis venditio pro minori quantitate; non pertinet etiam prohibitio ad venditionem butyri & casei nondum nati, & certa die tradendi, ut verba clare loquuntur, & judicatum refert Sandius *d. Decis. in fine.* Præterea cessare hanc Constitutionem, narrat idem ex Molinæo, si quis emit certam quantitatem frumenti certo tempore tradendi, nec se restringat ad fructus nascituros ex certo fundo. Quam tamen exceptionem videndum ne sic capiamus, ut ipsam prohibitionem evertat: Nam si quis mercator ab agricola possit emere frumentum per *lastas*, si modo non exprimat, eas ex fundo certo præstitum iri, vix est, ut prohibitionis hujus usus unquam sit necessarius. Dicendum igitur, si venditor sit agricola, qui extra suum agrum frumenti præstandi copiam non habeat, terminos prohibitionis statutariæ satis liquido subesse, quanquam agri certi nulla nominatim facta sit mentio. Cæterum, ne quis e tali contractu prohibito, nullo ac abolito, ut lex loquitur, nullam dari actionem, cavilletur, addit Statutum, si quod pretium e causa talis venditionis datum sit, hoc esse restituendum. Jure Romano venditionem frumenti, quod est in herba, non esse prohibitum, patet ex *l. 78. §. ult. h. t. l. 16. de Action. Empt.* Ideoque est hoc unum e paucis caput, a Jure Civili discrepans a nobis receptum. Cui videtur addendum, quod Statutum *lib. 1. tit. 8. art. 3.* requirit, *ut in omni emptione venditione pretium rerum venditarum clare exprimatur, sub pœna nullitatis;* Qua constitutione videturne recessum a Jure Cæsareo, quo valet Emptio venditio, cujus pretium in arbitrium tertii collatum est, *§. 1. Instit. h. t.?*

11. De personis vendendi capacibus, aut prohibitis, præter regulam generalem de his, qui contrahere & alienare possunt aut nequeunt, proditum est Legibus, Potentiores non debere mercaturam exercere *notabiliores, natalibus & honorum luce conspicuos, & patrimonio ditiores*, ait *l. 3. C. de Commerc.* Sed numquid omne commercium, illis interdicitur, an vero monopolia tantum? Quia textus ait, *pernitiosum urbibus mercimonium exercere prohibemus*, * non quodvis, sed conspiratione paucorum publico damnosum, prohiberi videatur. Sed verius est, pernitiosum dici non per modum διαστολῆς, sed epitheti adæquati, eo quod potentium mercatura semper sit publico noxia. Quod & ultima Legis verba pro-

* Hinc nobilibus in Saxonia Jus braxandi tantum ad usus proprios, auf den Tisch-Trunck, permittitur, nisi vi Specialis privilegii aliud impetraverint, *Ref. Grav. d. An. 1653. 57. gr. 118. 121. Conf.* Carpz. *P. 2. C. 6. d. 4.* Id. *dec. 104.* Struv. *Obs. Feud. c. 12. Obs. 4. seq.* j. Ziegler. *de Jur. M. j. l. 1. c. 41. th. 17.* Sed & Jus officinæ ferrariæ pagis, intra quadrantem milliaris ab oppido sitis, innerhalb der Viertel-Meile, denegatur, *Ord. Prov. d. ann. 1555. tit.* Brauen, Schencken. §. Es soll auch niemand. Carpz. *l. 1. Resp. 42.* Von dem Brandtewein brennen. vid. *Ref. Grav. d. ann. 1609. gr. 30.* §. wie auch. *Corp. Jur. Sax. p. 580.*

bant;

bant; *Ut inter plebejos & negotiatores, facilius sit emendi vendendique commercium.* Limitatio quæ solet addi, quod necessitatis causa licet potentioribus mercari, non eget admonitionis, nec est de regula, cum non emendi vendendique facultas, sed mercatura, quæ lucri causa fit, illis personis sit prohibita. Cessat etiam in multis civitatibus liberis, in quibus patricii nobilesque non abstinent mercatura, ut in Rebuspubl. Italicis, Veneta, Genuensi, Lucana, ut & olim Florentina, servatur. Apud nos tamen, ipsosque Batavos, illa viget honoris reputatio, qua nobilitatis antiquæ hominibus indecora creditur esse mercatura: sed hoc magis ad politicam pertinet. Nec quisquam ab iis, quibus ratione officii præest, emere potest, *l. 46. h.* sed venditor eo casu rem recipit, pretio retento, *l. 11. C. de his, quæ vi met. causa.* quin & in quadruplum convenitur Præses aliusve magistratus, *l. 46. h. t.* adde Wissenb. *th. 7. h.* Cum hoste extra loca statuta, vel intra fines imperii, sine comite commerciorum emere vendere non licet, *l. 4. in fin. C. de commerc. & mercator.* De emptione per alium, & pro alio facta, videbimus *ad tit. de Action. empt.*

12. Sequitur ea pars Rubricæ, quæ est de pactis inter emptorem & venditorem initis; Duæ pacti species, emptioni venditioni peculiares, sequentur *tit. 2. & 3.* Præter eas, est pactum Constituti frequens in hoc contractu: Per illud emptor profitetur, se nomine venditoris possidere rem venditam, quamdiu pretium non fuerit solutum. Cujus pacti effectus hic est; quod venditor tantisper habeatur loco veri possessoris, omnique commodo possessionis gaudeat, de quo plenius dicendum *ad tit. de Acquirenda possessione.* Illud heic monendum, frequenter evenire, ut fallantur homines etiam juris pragmatici, dum per clausulam Constituti, venditores se reservare putant dominium rei venditæ, quod ad solam possessionem pertinet. Notabilis ea de re usus ante triennium agitatus fuit. Primus vendiderat domum aliquot florenorum millibus, tribus solvendi pensionibus, addita instrumento clausula Constituti. Prima pensione soluta, cum pacto, ut reliquum emptor sub fœnore aliquot annos retineret, dein emptore facultatibus lapso, Creditores ejus hanc quoque domum, cum reliquis ejus bonis, publice distraxerunt, quam emit Primus Venditor minore pretio, quam ei de pensionibus antiquis adhuc debebatur; ideoque domum suam recipere præ se ferens, venditionem illam non est professus apud officium vectigalis, ut solveret sextam & quinquagesimam partem, quæ pro venditione rerum immobilium debetur Reipubl. Accusatur a publicano fraudati vectigalis. Ille se defendere, quod non tam emisset, quam rem suam ad se recepisset, Vectigal deberi, quoties dominium est mutatum; quod illo casu factum non esset, siquidem rei venditæ dominium penes ipsum usque ad plenam solutionem remansisset. Atqui non aderat pactum reservati dominii, sed tantum clausula Constituti; cujus hanc vim esse, persuasus fuerat. Judicatum est a Judicibus Leovardiensibus, dominium & priore venditione, & hac posteriori emptione, fuisse translatum, Professionem vectigalis causa fuisse faciendam, eumque secundum Leges condemnarunt. Causa per Appellationem ad Illustres Ordinum Deputatos delata, cum satis constaret, aliter ex juris ratione non posse decidi, quia tamen res magni erat detrimenti, & error in re vulgo ignota, de qua non imperiti homines opinionis errore tenebantur, id actum est, ut transactione componeretur. Longe prudentius fecisset ille venditor, si venditione domus, antequam pretium sibi solutum foret, se opposuisset. Hoc enim vi clausulæ Constituti adsequi potuisset, ut cum ipse domum adhuc possideret, ei possessionem eripere ne liceret, adeoque nec vendi domum pati cogeretur, nisi prius soluto sibi pretio, vel cautione de solvendo interposita: Quæ est notabilis & indubitata Constituti virtus & effectus, ut ad *prædict. Tit. de Acquir. possess.* videbimus.

Igitur a Pacto Constituti separatum est pactum, quo *venditor reservat sibi dominium*, tantisper dum pretium penitus solutum fuerit: quod instrumento venditionis frequenter adjicitur; at sæpius quam Contrahentes velint, omittitur a Tabellionibus; memorata saltem clausula Constituti, vel retentionis, sub qua putant dominium comprehendi, cum nihil quam jus possessionis tribuat; Dominii reservati mentio expressa fieri debet, * alioqui non intelligitur, quia præter negotii naturam est; siquidem Traditio ex causa

* Tacite tamen reservatum censetur dominium, si fides de pretio non fuerit habita, aut, re immobili vendita, resignatio dominii in Saxonia nondum facta sit. *d. Dec. El. 61.* Cæterum vi hujus dominii reservati, venditori, tanquam domino ius prælationis ante omnes creditores competit. *O. P. S. t. 41. §.* also auch. Carpzov. *P. 1. C. 28. def. 20. seq.*

Emptionis venditionis naturaliter dominium transfert, nec potest non transferre, nisi nominatim secus exprimatur. Quamvis autem hujus Pacti in jure mentio, quod sciam, nullibi occurrat, ab ejus tamen ingenio non abhorret; quatenus ante pretii solutionem, aut fidem de pretio habitam, etsi res sit tradita, dominium non transfertur, ex *§. 41. Inst. de A. R. D.* ut habuimus in *Parte I. pag. 122. in fin. & sequ.* fidemque in dubio non esse habitam, nisi id ex facto aliquo positive liqueat, probavimus. Pro cujusmodi facto videtur etiam haberi, quando mercatores hominibus ab se emere consuetis, merces aliquas sine expressa conventione domum mittunt, eæque ibi acceptæ, pretiumque in rationes a venditore relatum est; Fidem habitam videri, & dominium esse translatum, refert a se judicatum, inter Creditores *Bernardi Epei & Atiæ Schellingeræ*, D. Nauta *d. 4. Jul. 1642.* Sic etiam pro fidei habitæ argumento sufficere visum est, quod aliquis vendiderat merces mulieri, cujus institutum esse noverat, easdem res alii rursus vendere. Non fuit dubium, quin animus ei fuisset transferre dominium, quod rursus in alios transferendum esse noverat. Ideoque non fuit admissus jure prælationis, in merces tali mulieri venditas, ad *libellum supplicem Adrianæ Baniers d. 27. Octobris 1650.* Terminos solutionis inter Emptorem & Venditorem constitutos, simile fidei habitæ argumentum præbere, diximus *altero loco*, nisi contrarium exprimatur, per pactum *reservati dominii:* Quo modo in quotidianis venditionum instrumentis videmus, terminos solutionis determinari, dominium & possessionem transferri, cum jure faciendi quod Emptor velit; Et tamen subjicitur Clausula reservati dominii & possessionis, donec pretium fuerit solutum. Ex quo satis apparet, priorem dominii translationem esse conditionalem; *SI pretium sit solutum.* Unde sequitur, periculum rei venditæ tantisper esse penes venditorem, ut usu servari testatur Carpzov. *1. Resp. 108.* * Paulo secus, in eandem tamen sententiam, differit Thomasius *ad Posit. 10. hujus tit.*

SCHOLIUM.

De quo Pacto potissimum quæritur, utrius tum sit periculum, Emptoris? an venditoris? Emptoris dicunt Struv. Exerc. 23. th. 98. *Schiiz.* ad Tit. de peric. & comm. rei vend. in fin. p. m. 252. *ideo quod emptio jure facta sit. Contrariam sententiam in foro nostro receptam, defendit Carpzovius* Lib. I. Resp. 108. *simul id agens, ut ostendat, emptionem hoc casu conditionalem esse. Quicquid sit de pura aut conditionali emptione, pro Carpzovii sententia & illa militat regula juris naturalis, quod res pereat suo domino, ex hoc jure in corpus legum Romanarum translata. Non obstat igitur: Periculum emptione perfecta statim ad emptorem spectat, ante traditionem, ubi etiam non est Dominus, ergo multo magis periculum ejus erit post traditionem. Nam si antecedens de præsenti casu, ubi scilicet pactum emptioni de dominii retentione est adjectum, intelligatur, & illud negamus; sin de emptione in genere, nego consequentiam. Cur enim in emptione communi dominium ad emptorem transeat, non opus est, ut ad vulgarem rationem recurramus, quod dominus sit debitor speciei, sed manemus potius in ratione generali ac naturali; res perit suo domino, quæ regula cum naturalis sit, declarationem etiam & exempla desiderat ex Jure naturali petita. Hoc jure vero emptor post perfectam emptionem statim & ante traditionem, dominium rei venditæ consequitur, cum traditio saltem sit requisitum ad translationem dominii ex jure civili necessarium, ut erudite post alios* Autor *in* Digressionibus Justinianeis *contra Feltmannum adstruxit. Quamvis igitur Justinianus in* L. 20. C. de Pactis, *traditionem ad dominii translationem necessariam esse voluerit, tamen hoc non amplius extendendum est, quam quatenus id poscebat utilitas publica abbreviandarum litium, quæ facilius obtinetur ex hac hypothesi, quam ex jure naturali, cum in quæstione de dominii translatione, possessio rei & factum traditionis, facilius in sensus incurrant ac probari possint, quam voluntas venditoris per nuda verba declarata. Ubi itaque multiplicatio litium non metuenda erat, regulam istam Juris naturalis adhuc retinuit. Inde hereditatis & legatorum dominium ipso jure transit. Inde etiam periculum in emptione regulariter emptoris est. Inde denique, si pacto dominium sibi retineat venditor, periculum venditoris erit.*

* Carpzovii sententiam sequitur Schilt. *ad ff. Exerc. 30. §. 57. seqq.* & ad venditorem hoc casu periculum pertinere, contendit; Contra, emtorem id ferre, præter Struvium & Lauterbachium, a Thomasio allegatum, defendit Berger. *ad Lauterb. p. 318.* Optime ergo sibi consulet venditor, si expresse adjiciat pactum de casu fortuito non suscipiendo. Stryk. *d. Caut. Contr. S. 2. c. 8. §. 25.*

De-

Denique pactum, ut emptor rem habeat conductam, donec pretium solvatur, *l. 21. D. Locati.* non raro venditionibus adjicitur, & supponit dominium reservatum.

Tit. II.

De Addictione in diem.

I. Addictionem in diem facere venditionem puram aut conditionalem. II. Quid juris inter hæc intersit. III. Quæ sit melior Conditio. IV. Quid si emptor subornetur. V. Allata meliori conditione quid faciendum. VI. Comparatio usus hodierni, cum jure civili. VII. Quid juris hodie in subjectione falsi emptoris. VIII. De regressu post auctionem pretii, ad priores licitatores.

SEquuntur alia duo pacta, quæ propriis titulis πραγματικῶς aguntur. Primum est Addictionis in diem, alterum Lex commissoria. Addictio in diem fit hoc modo; *Hæc res tibi vendita esto; quod si intra Kal. proximas melior offeratur conditio, inempta esto;* eoque pacto pura venditio contracta censetur, quæ sub conditione, *si melior allata sit conditio*, resolvitur. Potest etiam ita res addici, ut conditio sit suspensiva, hoc modo: Hæc res vendita esto, si intra certum tempus melior allata non sit conditio, *l. 1. & l. 2. in pr. h.* Quando est pura venditio, sub conditione resolutiva, tunc emptor statim fit dominus, fert periculum e casu fortuito, percipit fructus, & in omnibus commodis ac oneribus pro domino habetur, *d. l. 2. §. 1. & l. 3. h. t.* Tali modo, ut meliori allata conditione, quæ restitui possunt, hinc inde restituantur, ut sunt onera commodaque, *l. 6. & l. 16. h.* Sed damnum per rei interitum emptorem peremptorie affligit, quia meliori conditione retractari nequit, *l. 3.* Hæc in conditione suspensiva secus obtinere, docet ratio, & Ulp. in *l. 4. pr. h.*

2. Conditio melior non tantum æstimatur ex majore pretio, sed ex omni emolumento rationis pecuniariæ; sive maturior aut facilior solutio præstetur, vel ut una pensione loco trium, præsente pecunia pro in diem; seu locus opportunior, aut persona sit idoneior, vel satisdatio, quam primus emptor pro evictione præstat, aliæve conditiones gravantes remittantur, *l. 4. §. fin. & l. 5. h.*

3. Si vero subornetur, qui meliorem se offerre conditionem simulet, veritas prævalet, & res priori tamen empta censetur; quod etiam dicendum, si verus quidem sit emptor, sed meliorem non obtulerit conditionem, *l. 4. §. 5. h. t.* quod ex ratione Juris dicendum, etsi primus emptor adhuc auxerit pretium; quod concisius in *posit. 4.* collocatum Thomasius explicat.

SCHOLIUM.

Id est, et si primus emptor, a venditore per subornationem falsi emptoris deceptus, declaraverit, quod tantundem velit dare, tamen non est obligatus fraude detecta, ut promissis stet, arg. d. l. 4. §. 5. *hic.*

4. Observandum tamen, respectu venditoris, si ultimus emptor vere licitatus sit, at venditor de meliori conditione fuerit mentitus, non esse nihil quod actum est, sed venditorem utrique in solidum teneri, primo ad ipsius rei traditionem, alteri in id quod interest, *l. 14. h.* Quod si emptor pœnitens, alium non idoneum subjecerit emptorem, eique fundus sit addictus, venditor in id quod interest adversus emptorem agit, *l. 14. §. 1.* si vero neuter subjecerit, ultimus emptor etsi non idoneus, manet tamen emptor, & primus est liberatus, *d. l. 14. §. 2.*

5. Allata meliore conditione, revera faciendum est venditori, ut id priori emptori denunciet, in eum finem, *ut si quid alius adjecit, ipse quoque adjicere possit*, *l. 8. h.* Quid; an primus emptor ita præfertur, si quod alius adjecit, ipse quoque adjiciat, an vero ad novum augmentum tenetur, si præferri velit? Hoc est dicendum ex *l. 7. h.* cujus verba, sequentis legis paulo obscuriora illustrant. At venditor non cogitur, secundo emptori plus offerenti rem addicere, sed arbitrium habet eligendi secundam, an sequendi primam conditionem; nisi pactus fuerit emptor, ut sibi meliori conditione oblata resilire liceret, *l. 9. h.*

6. Conferamus hæc cum usu temporis. In privatis venditionibus raro solet adhiberi addictio in diem, * etsi quo minus possit, nihil impedi-

* Cujus afferti ratio est, quod hoc addictionis in diem pactum, incommodo afficiat emptores, qui Reginæ Pecuniæ domini, se a venditoribus æris egentibus, aut saltim illud magis quam rem habere cupientibus, ita onerari haud facile patiuntur. Idem Legis Commissoriæ officit frequentiæ.

mento

mento fit; & tum jus *supra* commemoratum, omni parte locum habebit. Sed in publicis venditionibus ‡ immobilium rerum, nihil est usitatius. Mos est, ut tribus vicibus fiat licitatio per modum auctionis, & qui tertia vice maximum offert pretium, huic res addicitur in diem; duarum triumve hebdomadarum, aliquando & amplius, quam vulgo provisionalem appellant addictionem, *palmslagh*, quia fit palmis junctis, & more gentis invicem percussis. Sed in eo discrepat usus noster ab iis, quæ ex Romano jure dicta sunt; quod res non addicuntur, in eum duntaxat casum, si melior allata sit conditio, licet hoc unice spectetur, sed venditor *optionem* stipulatur intra tempus conventionis, utrum addicere velit rem plus offerenti, an secus. Est etiam nostræ addictionis conditio suspensiva, quam non sequitur traditio, non fructuum perceptio, nec damni onerumve præstatio. Denique, nec venditor ad denunciationem, si plus oblatum sit, tenetur emptori; ipse, si velit, emptor inquirat & adjiciat.

7. At vero disparitas illa non vetat, pleraque juris Civilis retinere suum argumentum, veluti, quod de subornatis emptoribus tradunt Leges, si post addictionem in diem venditor mentitus sit, allatam esse meliorem conditionem, eoque commento provexerit emptorem ad novam licitationem, detecta fraude, statuendum est, primo emptori rem esse acquisitam, per *l. 4. §. 5. h.* Quid si ante addictionem, durantibus primis licitationibus, falsus emptor a venditore fuerit subjectus, *ut fit*, eique res addicta fuerit, an primus licitator contendere potest, rem sibi esse tradendam, eodem quod prius obtulit pretio? Non videtur; quia nulla fuit addictio, nec conventio de re vendenda inter emptorem & venditorem; Sed hoc facile constabit, si venditor falsum emptorem inde ab initio subornet, qui plus aliis offerat, ut veris emptoribus præmium maximæ licitationis, vulgo *Stryckgelt*, quo nil usitatius, intercipiat, dolo detecto, venditorem teneri ad præmium vero licitatori maximo præstandum, quia hoc est contra fidem conventionis perfectæ, qua statutum est, ut maximo licitatori præmium daretur: idque memini obtinere, cum licitator domus *Frenceliana*, a fictitio emptore per venditores subjecto, superatus esset. Probata subornatione, tenui, ut præmium publice propositum de pretio deducerem. Jus est certum hac parte, facti probatione plerumque laboratur.

8. Solent etiam pacisci venditores, ut liceat sibi peractis auctionibus, neglecto vel omisso licitatore maximo, minus offerentes eligere primo, secundo, tertio loco; sub cujus pacti larva tegunt subornationes, ut omissis emptoribus illicii causa subjectis, ad reliquos se convertant, nec tamen ejus pacti prætextu subjectiones illas jure tueri possunt, cum alius de Jure pacti illius usus sit, major scil. aut minor idoneitas emptorum & futuræ solutionis securitas. Quin nec opus est hujusmodi pacto regrediendi ad inferiores Licitatores, cum ipso jure id integrum esse, paulo ante probatum sit, ex *l. 9. h. t.* * Quin forte nec controversia careret Quæsitum, an Venditor arbitrium illud non amitteret subornatione falsi emptoris, in pœnam doli; nisi quod his diebus commentum istud tam usitatum est, ut difficulter impetrari posset meritum Juris ei par facto, quod doli, (ut aliquis simul & venditoris palam, & clam emptoris personam gerat,) non potest excusari. Cæterum, hoc adseveratius ponere licet; si post auctiones, post addictionem in diem, subornato emptori facta sit addictio ultima, *d' eyn-*

‡ Olim jure primi liciti gaudens in Saxonia, meliore conditione allata, se poterat offerre ad idem, quod penitus sublatum. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 39. §. 16.*

* Etiam apud nos, si licitator posterior non solvendo sit, prior, qui ab eo superatus fuerat, non videtur esse liberatus, cum tacite pactum addictionis in diem subesse censeatur. *a. l. 9. ff. d. addict. in diem.* Schilter. *ad ff. Ex. 39. §. 50. sqq.* Philipp. *de subhastationibus, c. 3. comm. 16. n. 135.* quia tamen hæc sententia non ubique recepta est, sed nova licitatione facta, novam quasi venditionem contrahi, alii statuunt, vid. Carpz. *P. 1. C. 32. d. 45. n. 4.* Berl. *P. 1. Concl. 81. n. 177. sqq.* hinc prudentissime Statuto Lipsiensi ‡‡ pœnitendi arbitrium prorsus sublatum, ac a licitatoribus cautio de non pœnitendo exacta fuit. vid. Leipziger Willkühr *n. 43.* Wenn iemand auf ein subhastirtes Haus 2c. verb. derselbe soll von solcher seiner Licitation wieder abzustehen und dißfalls zu pœnitiren, keines weges befugt 2c. auch, zu Verhütung alles Disputats, bald anfangs, und ehe seine Licitation angenommen wird, deshalben, nehmlich daß er nicht pœnitiren wolle, durch einen gnugsam angesessenen Bürger Caution zu bestellen schuldig seyn. Leipz. *Statut. p. 298.* Philipp. *l. c. n. 122.*

‡‡ Sed & universali Lege nunc huic negotio medela est allata. Qui plurimi licitatus est, ante terminum adjudicationis decimam liciti partem, aut deponat, aut sa-

delycke

delycke palmslagh, tunc primos emptores, etsi pactum de regrediendo fuerit adjectum, esse liberatos, ut exemplo vidimus usu venisse, supra *ad tit. Mandati.*

TIT. III.

De Lege Commissoria.

I. Quid & unde dicta sit Lex commissoria. II. Periculum ad emptorem, de cujus rei ratione disquiritur. III. De fructibus quid juris. IV. Executio Legis Commissoriæ, & usus ejus hodiernus.

Alterum pacti exemplum, *Lex Commissoria* vocatur, quatenus pacta sunt *leges* contractuum, *l. 23. de R. J.* Committendi vocabulum in Jure frequenter sic usurpatur, ut significet id, quod contra fit quam vetitum est; hinc commissa Vectigalium, quando factum est aliquid contra legem vectigalis, *Rub. ff. de Public. Vectig. & Commissis*, totoque *passim* titulo. Sic *committi* stipulatio dicitur, quando contra quam promissum, aliquid factum, eaque causa jus amissum est. latissime Brissonius in voce *Committere*. Hinc in emptione venditione, Lex Commissoria est *Pactum, quo id agitur, ut si intra certum tempus pretium non solvatur, res sit inempta, l. 2. h. t.* Ex quo intelligitur, venditionem esse pure factam, & sub conditione resolvi, *l. 1. h.* Nam si venditio fiat hoc modo, *hæc res empta tibi esto, si intra tempus pretium fuerit solutum*; hæc quidem est venditio conditionalis, sed a lege Commissoria plane diversa, cum illa contractum quidem ponat validum, sed commisso, contra quam dictum est, retractandum, *d. l. 1.* Lex Commissoria aliquid supponit, quod per Commissum in irritum cedere possit: hoc est, *τὴν πρᾶσιν ἀναλύειν, rescindere venditionem*, ut Græci *ad h. Tit.*

2. Cum igitur venditio hac lege inita, perfecta sit, & traditio secuta ponatur, periculum ex casu fortuito pertinet ad emptorem, *l. 2. h.* Ἐν τῷ μεταξὺ τῷ ἀγοραστῇ κινδυνεύεται τὸ πραθὲν. *Interea res emptoris damno periclitatur*, habet Regia paraphrasis. Tu dices, Venditor non habet fidem de pretio, ut satis hoc pacto adjecto indicat: Ergo dominium adhuc venditoris, & ejusdem e casu fortuito periculum est, ut ad *tit. de Contrah. empt.* demonstratum est; cujus rei hic erit effectus, quod si emptor interea lapsus sit facultatibus, venditor jure dominii creditoribus sine dubio sit præferendus: Sic enim juris est, quando legi commissoriæ paritum non est, ut Venditor rem vindicare possit, *l. ult. sub fin. h. t.* Ad hæc dicendum; Emptionem venditionem hanc esse, sub lege solvendi intra certum tempus. Hanc termini adjectionem esse quidem argumentum fidei habitæ, at sub qua, traditione facta, nihil vetuit transire dominium: Nam fides civiliter esse potest cum diffidentia. Qui rem tradit, & fidejussorem vel pignus pro solutione petit, diffidentiam ostendit, ipsa tamen fidejussoris exactio fidei habitæ præbet argumentum, *§. 42. I. de A. R. D.* & omni die, Venditores amplissimis verbis res tradunt, terminos solutionis adjiciunt, quo nullum evidentius habitæ fidei signum habetur; & tamen addunt clausulam Constituti, aliasque, si pretium non solvatur, cautiones ad rem tuto repetendam adjiciunt. Quibus ut dominii periculique translatio non impeditur, ita nec eandem Lege Commissoria impediri, jam non modo ex lege, sed & ex ratione constat.

3. Juxta dominium & periculum, fructus etiam ad emptorem pertinent, quos una cum arrhis, & quicquid emptor accepit, si pretium intra tempus non solvatur, reddere cogitur, quia nihil *penes eum residere oportet ex re, in qua fidem fefellit, l. 4. in pr. l. 5. & l. 6. §. 1. h.* Interdum tamen fructus emptor lucratur, ajunt Neratius & Ulpianus,

tisdet eo nomine, pignoribusve caveat; qui hoc, forte pœnitentia ductus, in termino adjudicationis facere neglexerit, aut si illud fecerit, inde tamen, in constitutis a se in licitatione terminis, tergiversari cœperit, intra noviter concessum trium hebdomadum spatium solvat id, ad quod tenetur; si spatium hoc gratis elabi sinet, sciat, jure suo se excidere, quod solvit, se amittere, si nihil solvit, in decimam liciti partem tamen condemnatum, aut carcere aliisque gravioribus pœnis ex judicis arbitrio affectum iri, quæ decima, in Concursibus, massæ, in aliis casibus Ptochodochio Waldheimensi cedet, novaque fundi subhastatio instituetur. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 39. §. 16. 17.*

eum pretium, quod numeravit, perdidit, l. 4. §. 1. Quando autem perdit pretium? *Quoties aliquam partem pretii dedit*, ut est *in d. §. 1. in fin.* An igitur, quando res inempta fit vi legis Commissoriæ, & res vendita restituitur, pretium, quatenus adnumeratum est, non restituitur? Non videtur, quia non est restitutio in integrum, ubi partes utrimque suum jus recuperant, sed pœnalis conventio adversus perfidiam, *d. l. 4. §. 2. & arg. l. 6. §. 2. eod.* Quod tamen vix esse, ut hodiernis moribus obtineat, Autumno & Grœnewegio *ad h. t.* facile adsentirer.

4. Elapso tempore, Venditor, etsi nulla denunciatione facta, potest aut Commissoriam exercere, vel urgere pretii solutionem, quorum alterutrum, ubi semel elegerit, amplius variare non potest, *l. 4. §. 2.* Quin etiam, si post tempus dictum, partem reliquam pretii acceperit, a Commissoria recessum videtur, *d. l. 6. §. ult.* Moribus, Legem Commissoriam non nisi post interpellationem & sententiam declaratoriam obtinere, tradunt modo laudati Juris Censores: De sententia declaratoria verissimum est, venditorem ab invito emptore non posse rem, sine declaratoria sententia recuperare; nec aliam Juris Civilis sententiam esse puto; datur enim non modo ad vindicationem rei ipsius, *l. 4. C. de Pact. int. vend. & empt.* sed etiam actio venditi, ad rem cum accessionibus, & eo quod interest ex lege Commissoria, *l. 4. in pr. h. t.* Quam non nisi per sententiam effectum habere posse, res ipsa loquitur. Sed denunciationem ante lapsum temporis, quando certum tempus, intra quod solveretur, expressum est, requiri in usu judiciorum, ut agere liceat ex mora, non putem, & secus observatur in commissoriis pactis, quæ in auctionibus publicis emptoribus adjiciuntur, in constitutis, omnibusque terminis conventionalibus, quibus se partes circumscribunt.

Porro etsi de Lege Commissoria sit generalis inscriptio Rubricæ, heic tamen de venditione duntaxat intelligitur. De pignore nominatim constat, vetitam esse Legem Commissoriam, per *l. ult. C. de Pact. pign.* cujus locus erit *inferior*; etsi Wissenbachius *heic* satagit *in th. ult.*

Tit. IV.

De Hereditate vel Actione vendita.

I. Vendita hereditate, non transferri jus & qualitatem heredis. II. An venditor ex eo, quod ipsemet hereditati debuit, teneatur, & quod ipsi debetur, ab emptore petere possit. III. Dubium illud exponitur ac illustratur. IV. Et cum re judicata comparatur. V. De jure Accrescendi. VI. De actione ex hereditate vendita. VII. De actionibus venditis. VIII. De Venditione redituum annuorum.

HIc Titulus pertinet ad expositionem rerum, quæ vendi possunt, inter quas sunt etiam res incorporales, ut Hereditas, Actio, Reditus annuus, & similia. Hereditatem sumi bifariam, vel pro facultate, qua universæ res hereditariæ ad aliquem ex testamento vel ab intestato pertinent, vel pro universitate rerum a defuncto relictarum, declaravimus ad *tit. Inst. de Reb. corp. & incorp.* quæ utraque significatio in Hereditatis petitione concurrit, ut supra ad *tit. de Hered. pet.* vidimus, secus atque in hoc titulo. Quippe cum *in hoc loco* de translatione Hereditatis agatur, & jus incorporale nullum motum de loco in locum, nec adeo translationem de persona in personam capiat, ut ad *Tit. Inst. de Mand. num. 3.* demonstravimus, ipsum jus hereditarium, quo successio e Testamento vel ab intestato ad aliquem pertinet, non potest in alium transire; sed primi heredis quasi ossibus inhærens, manet ἀναφαίρετον, indelebili heredis charactere, *l. 88. in fin. de Hered. instit.* Proinde post venditionem, qua Heres suum jus transtulit in alium, venditor adhuc manet heres, & convenitur a legatariis, fideicommissariis, & creditoribus, etsi venditio hac lege facta sit, ut ne venditor ullo modo teneatur; contractus enim venditionis, qui inter heredem & emptorem vertitur, jus tertii nulla parte mutat; imo quod magis est, emptor invitus a Legatariis & Creditoribus conveniri nequit, quamvis ea Lex emptionis dicta sit, ut emptor creditoribus hereditariis satisfaciat, *l. 2. C. de Hered. vend. arg. l. 2. l. 25. & l. 26. C. de Pact.* nec aliter in Foro servatur, teste Sandio *lib. 3. tit. 4. def. 3.* Quod igitur de Actionum Cessione dictum est *ad tit. Mandati.* per titulum proprietatis transferri omne actionis emolumentum, jussum vero & qualitatem actionis e mandato esse petendam, idem de hereditatis venditione tenendum est, de

de qua similiter observandum, etsi emptor sine mandato non habeat actionem directam, utilem ei semper dari, quæ tamen in concursu, directæ etiam præfertur, *l. 5. C. h. t.*

2. Jus igitur directum heredis, manet penes venditorem, jus utile transit in emptorem, cujus emolumento cedit omne jus omnisque materia subjecta hereditatis, *ita ut neque amplius, neque minus juris habeat, quam apud heredem futurum esset*, ait Ulpianus in *l. 2. pr. de Hered. vel act. vend.* ut tamen quod ante venditionem in hereditate fuit, ipsoque tempore venditionis in ea desiit esse, non debeatur, nisi pretium ejus, quod rei loco succedit, adhuc supersit, *d. l. 2. §. 1. & 3. h. t.* Quæritur hinc, si venditor hereditatis defuncto centum aureos debuerit, an hereditate vendita, emptor eos petere possit; quod negandum videtur, quia centum illi ante venditionem factam in hereditate jam esse desierant, per confusionem, qua debitor heres factus confestim debitor esse desinit, *l. 75. de Solut.* junctis iis, quæ *ad fin. tit. Inst. Quib. mod. tol. obl.* dicta sunt. Eodem modo, si venditor fuerit Creditor, quoniam hoc ipso, quod debitori suo heres extitit, confusione creditor esse desiit, mero jure non videtur id ab emptore petere posse. Contrarium tamen placuit, actionem esse restituendam, & venditorem perinde contra emptorem agere posse, ac adversus defunctum agere potuisset, *l. 2. §. Cum quis debitori. 18. h. t.* Ergo & in priori specie, cum venditor aliquid debuit, sive ut tempore mortis peti potuerit, sive in diem debeatur, sive sub conditione, quæ deinceps extiterit, actio retinetur, & emptor adversus venditorem agere poterit, æque ac ipse defunctus adversus eum agere potuisset, *l. 20. h. t.* in qua duæ sunt species. Prima; venditor postquam hereditatem mihi vendidit, heres factus debitori hereditatis, tenetur emptori, ad debitum illud solvendum. *Quod simplicius etiam in illa propositione*, pergit Africanus, *procedit, cum quis ipse Creditori suo heres extitit & hereditatem vendidit.* Cur simplicius? quia non est duplex casus, sed unus in hac ultima specie. Vendidit hereditatem, cujus pars est Nomen ipsius, quod ut subtilitate Juris sublatum sit, revera tamen in hereditate reperitur: Casus prior ex hoc casu per consequentiam deducitur. Paulo aliter Cujacius *ad h. Africani L.* qui tamen, ut est interpres duntaxat, nullam addit ἐπίκρισιν.

3. Sed Mornacius hanc decisionem, ab Africano *ex acumine ipsisque juris apicibus* eductam censet, *ad h. l.* cum tamen Ulpianus in *d. l. 2. §. pen.* id æquissimum esse contendat. Ad quam collocare libet hæc verba Mornacii. *Quæstio ex hoc §. pen. l. 2. incidit in præfectura Parisiensi anno 1610. Utrum qui vendiderat hereditatem, cujus erat creditor, possit exigere ab emptore debitum, quod aditione hereditatis confusum fuerat; hoc enim putat Baldus. Secus tamen propraetori Parisiensi visum est, ex ratione Legis, Qui res. §. qui aream. & L. Visum. § aditio. in fin. de Solution. in quibus dicitur, actionem semel extinctam nunquam reviviscere. Antonius Ferrandus Patronus, causam accuratissime agebat. A sententia autem, condemnatus, appellare tutum non putavit, consultis nempe Fori Parisiensis peritioribus, qui monuerunt, subtiliorem esse hunc §. quam ut spes esset a Senatu confirmatum iri tantam ἀκριβοδικίαν.* De eadem specie sic ad *l. 20. eod.* (cujus L. ipsius quæstionem ibi non persequitur.) *Cum mota esset hæc quæstio*, inquit, *in exedris deliberationum forensium, rursusque ad columnam consultatoriam, rejecta est subtilitas a prima famæ patronis, cum insidiose dissimulaverit venditor, nec propterea proficere quicquam ex callida ista machinatione debeat.* Mirum est, a Prudentibus hujus ævi, pro subtilitate haberi damnanda, quod Ulpianus ut æquissimum & subtilitati juris oppositum laudat. Cur hoc est iniquum? Vendo tibi hereditatem, quam tu cum oneribus & commodis suis habes, aut habere debes exploratam: Emisti ea lege, ut de omni ære alieno, etiam incerto & undecunque emersuro tenearis, etsi ultra duplum te lædi contingat, per ea, quæ Sandius habet *lib. 3. tit. 4. def. 14.* Inter hereditaria debita meum creditum est; cum tu emeris hereditatem, habita ratione æris alieni in infinitum, nihil iniqui est in ejus executione, multo minus nimia subtilitas, quæ subtilitatem *confusionis* emendat. Longe minus iniqui, aut subtile nimis est in hoc, quod habet Lex 20, venditorem hereditatis teneri ex eo, quod ipse debet hereditati, etsi hoc enim subtilitate juris sit confusum, quia tamen emptor dedit pretium pro omni eo, quod palpabiliter est in hereditate, non magis iniquum potest videri, ut is, qui pretium accepit, solvat quod debet, quam extranei debitores. Ideo cur a *dd. ll.* recedere nos oporteat, nihil causæ esse videtur.

4. Secundum hæc consideranda est notabilis quæstio de Collatione heredis, qui vendidit partem hereditatis, apud Supremam Curiam super hac specie facti agitata; Frater a fratre coherede

 emerat

emerat partem ejus hereditariam pro viginti duobus florenorum millibus. Deinde comperit e testamento communium parentum, fratrem venditorem a parentibus accepisse duo millia nuptiarum causa, cum ipse parum aut nihil accepisset. Petebat, ut frater sibi præstaret, quod hereditati communi ex hac causa debebat: videbatur ad hoc teneri, tanquam debitor hereditatis, & quia frater emptor nesciverat, tantum ab eo fuisse conferendum; ut ejus dissimulatio ipsi prodesse non deberet: quibus accedebat, quod de testamentariis quæstionibus non, nisi inspectis consideratisque testamenti verbis, transigere liceat, *l. 6. de Transact.* Frater tamen a petitione repulsus est, in causa *Tjaerdt Jelles* contra *Baesjen Teye Dochter d. 24. Mey 1642.* Nauta *Decis. Mss. m.* Ratio videtur hæc esse; quod is, qui ad pecuniam conferendam tenetur, non sit debitor hereditatis, nec de eo, quod accepit, conveniri possit, nisi quatenus est heres. Quando igitur a fratre coherede, eodemque suæ partis emptore, convenitur ad collationem præstandam, respondet, se non amplius esse heredem in effectu, nec teneri ad ullum onus hereditarium, quod omne totum in fratrem emptorem transtulit. Si ille replicet: Non constabat mihi de quantitate ejus, quod tu conferre debuisses, nec illa dissimulatio tibi prodesse debet. Venditor duplicabat; Vendidi meam partem tibi qualis erat; qui hereditatem emit, quasi jactum retis emit, sive parva sive magna sint onera: venditor ad nihil tenetur, quam ad hoc, se fuisse heredem pro illa parte, quam vendidit: Nec se posse teneri ad præstationem, quam emptor a sese, ut herede petat. Quod ad objectionem de testamento non inspecto attinet, recte monet D. Nauta; eam non nisi in transactione de quæstionibus testamentariis, usum habere; qualis heic nullo modo vertebatur: Nec enim Hereditatis venditio est Transactio super Testamento. Atque ex his suppleri aut emendari velim, quod hac de re scripsimus in *part. I. Jurispr. Hod. lib. 3. c. 3. n. 24.*

5. Diximus, Emptorem nec plus, nec minus juris habere, quam apud heredem futurum esset, *l. 2. in pr. h.* Ut non tantum debeatur emptori, quod jam pervenit ad venditorem, vel ejus heredem, *Sed etiam, quod quandocunque pervenerit, restituendum est, d. l. 2. §. 4. Quicquid lucri occasione venerit ad venditorem, id emptori restituendum est, §. 7. & 9. eod.* Hæc juri Accrescendi solent applicari, in novissima quæstione, si Heres pro parte, suam illam portionem vendiderit, & deinceps evenerit, ut altera portio conjuncti heredis deficiat, utrum hæc emptori, an venditori debeatur. Atqui si omne lucrum, quocunque tempore pervenerit, ad emptorem pertineat; si nec plus nec minus apud eum sit, quam apud venditorem futurum fuisset, Jus accrescendi ab eo non videtur amoveri posse; maxime quia hoc ejus naturæ est, ut portioni sive rebus accedat, quemadmodum alluvio cedit agro, cui incrementum advolvitur, *l. 33. §. 1. D. de usufr.* Hæ rationes faciunt, ut clari interpretes emptori jus accresc endi adscribant, quorum aliquot enumerat, & sequitur D. Wissenbach. *ad h. tit. n. 5.* & sic Præceptorem secuti, nos olim quoque disputabamus. Re pressius considerata, sedit potius contrarium, non tam iis rationibus, quas sibi opponit e dissentientibus, & quas removet D. Wissenbach, quæ sunt ex genere palmariarum, quas facile, ut in scholis, torqueas & retorqueas, sed hæ sunt peremptoriæ rationes: I. Quod fieri non possit, ut plus emptori debeatur quam ipsi venditum est: Constat autem in hujus quæstionis hypothesi, partem unius heredis esse venditam: Proinde si pars alterius jure accrescendi vacua fiat, ea non magis ad emptionem præcedentem pertinet, quam quod ex substitutione deinceps ad eundem heredem pervenit; quod, nisi id specialiter actum sit, emptori non deberi, cum alia res sit quam est vendita, certum est, *l. 2. §. 2. h. t.* Secunda sit ratio; quod venditor, etsi jus suum in alium transtulerit, tamen heres maneat, ut sæpe dictum est; cui proinde tanquam heredi conjuncto, partem heredis deficientis, ex voluntate defuncti, & conjunctione ab eo facta, deberi, e doctrina juris accrescendi constat, & *ex Parte I. pag. 238. seqq. & ad tit. ff. de Usufr. accresc.* Nec turbat, quod jus Accrescendi partem deficientem adjicit portioni, quam portionem emptor, non venditor habeat; Nam ut mittam heic universam *d. l. 33. §. 1.* expositionem, nihil verius est, quam portionem hereditariam adhuc esse penes heredem, qui res hereditarias vendit. Nam quod Wissenbachius noster ait contra; hanc fictionem. *Qui pretium rei habet, ipsam rem habere videtur*, in materia juris accrescendi *contemnimus*, hoc nihil ad rem; quid enim opus in re omnium evidentissima, fictione? Nulla fere apud nos hereditas cernitur, ex qua non multæ res auctione publica vendantur: Et in tenuioribus, maxime in agricolis, quorum hereditates in mobilibus totæ consistunt, omnia sæpe hereditaria distrahuntur; ut pecuniæ inter

ter coheredes dividantur. Quis dubitet, Heredes, qui bona distraxerunt, retinere suas hereditarias portiones, & habere iam liquide suas partes in pecuniis, quam prius in supellectilibus, instrumentis rusticis, frugibus, armentis atque jumentis. An tu discrimen statues inter venditionem, qua res hereditariæ uni, & qua multis sunt venditæ? Si hoc nullum est, ut certissime non est, dic: heredem, qui uni vendidit suum jus hereditarium, hoc est bona, quæ ad suam portionem spectant, accepto pretio, non modo suam qualitatem heredis retinere, sed & habere portionem suam hereditariam, æque ac si mensa posita, res ad suam portionem pertinentes populariter distraxisset pretiumque a multis collegisset. Sicut igitur hoc casu, illum retinere jus Accrescendi suæ portioni advolvendum, omnes fatentur, ita ratio nulla est, cur priore casu venditio facta illum hoc jure privaret. Si quis instet, Emptor unus habet totum jus, secus ac Emptores multi; regeram, sufficere, quod si rebus alienatis, pretioque recepto, hereditaria portio non retinetur, fundamentum juris accrescendi, quod illi ponunt, æque sublatum esset heredi, qui multis, quam qui uni omnia bona suæ partis vendidit: Quin & emptor unus, etsi omnia bona consequatur, jus tamen habet omnino particulare, eoque censetur ac ita tenetur, ut ad *tit. de Hered. pet. n. 4.* demonstratum est.

SCHOLIUM.

Adde Struvium ad h. t. th. 70. *& ibi* in Resolut. *ubi respondet ad textus obstantes.*

Nos ad argumentum ex *l. 33. §. 1. de Usufr.* respondimus; nec ad cætera ex dictis colligi non possunt responsa: Quid enim facilius est, *emptorem nec plus nec minus juris habere, quam venditor habuit; spectare ad eum omnia, quæ venditor habuit, habiturusque esset*; quam intelligendum id esse, in ea re, quam vendiderit, in parte venditoris, non etiam in ea, de qua non est cogitatum; quæ tunc erat alterius & quæ diu postea venditori acquisita est? Qui dialecticas argutationes discernere potest a civili solidaque rerum existimatione, vix est in hac Quæstione ut ambigere posse videatur.

6. Quid hereditate vendita contineatur, satis declaratum est, aut si quid deesse videatur, e descriptione hereditatis, quam in *Tit. de Heredit. petitione* habuimus, suppleri potest. Sequitur Actio, quæ ex hac negotiatione competit, & trifariam consideratur; Aut enim inter Emptorem & venditorem hereditatis vertitur, aut inter emptorem & debitores, vel inter eosdem & venditorem, *l. 2. C. h. t.* Emptori contra venditorem datur actio Empti, soluto pretio, de quo convenit, ad hoc ut sibi præstet quod in hereditate, vel in parte vendita fuit, aut ex ea supererat tempore contractus, vel deinceps ex ea pervenit, cum fructibus & eo quod interest, *l. 2. §. 1. seqq.* etiam quod venditor hereditati debet, ab eo petere potest, non jure heredis, sed emptoris, *l. 20. h.* Si quid ex rebus hereditariis a tertio evictum fuerit, de eo venditor non tenetur; si modo pro ea parte, quam vendidit, verum heredem esse constiterit; nam si de partibus assis aliquid deficiat, hactenus sine dubio tenetur, *l. 2. pr. h. l. 1. C. de Evicttion. l. 2. D. eod. tit.* Venditor adversus emptorem agit, ut pretium solvat, & se liberet ab omni onere, quo hereditatis causa devinctus est, ab omni petitione legatariorum ac Creditorum, *d. l. 1. §. 4. & seqq.* Inter Creditores & Emptorem, ut *supra* admonuimus, invitum, non datur actio, nisi cum venditor, quem creditores convenire debent, non est solvendo, tunc in subsidium datur illis actio contra emptorem, *arg. l. ult. in pr. & l. 1. in f. & §. 2. Inst. de eo, per quem fact. erit.* aut si hereditas a Fisco sit empta, *l. 2. C. de Hered. act. l. 14. de Jur. Fisc.* Sane, si conventus emptor actionem susceperit, condemnabitur, *l. 2. C. de Pact.* Sand. 3. 5. 3. sed Emptor agere potest directa mandati & nomine venditoris, contra debitores hereditarios, vel utili actione suo nomine, tituloque venditionis, si mandatum non habeat, vel præ se non ferat, *l. 5. C. h. t.* Denique, inter venditorem & creditores debitoresque *respective* datur actio. Venditor a Creditoribus directe conveniri potest, eumque tunc emptor defendere debet; nec enim emptio venditio inter alios facta, ipsis præjudicat; *l. 2. C. h. t.* Venditorem quoque debitores hereditarios compellare & ab iis pecuniam exigere posse, apochamque præstare cum effectu liberationis, antea diximus; quemadmodum & dominia rerum hereditariarum ab eodem transferri possunt, salva emptori actione fidei ruptæ, ut docet *Lex 3. C. h. t.*

7. Quod hereditas viventis, quæ est nulla, vendi nequeat, habetur in *l. 1. h. t.* quando nec ullum super ea pactum inire licet, nisi is, a quo hereditas est relinquenda, ad extremum vitæ halitum usque id approbet, ut superius traditum & probatum est, *ad tit. de Pactis n. 9.* Progredimur ad ACTIONEM venditam, de qua heic eo citius minus agendum superest, quo plenius hoc caput

pnt ad *tit. Mandati*, ubi de actionum Cessione longe lateque locuti sumus, absolutum est: Nec enim de mandato duntaxat, sed etiam de titulo proprietatis, quo actio transfertur, & maxime de venditione ibi actum. Res heic eodem plane modo se habet, quo in Hereditate vendita. Jus ipsum manet penes venditorem, qui retinet actionem directam, ab emptore per mandatum exercendam; utilis etiam sine mandato ab eodem moveri potest, vi sola venditionis, adversus invitum quoque debitorem scilicet, *l. 3. & d. l. 5. D. de Hered. vel. act. vend.* Sed duæ, quas ibi non habuimus, supersunt observationes, * quarum altera ex natura venditionis oritur, altera specialis & positiva est. Venditorem scimus teneri ad rem præstandam, & rem habere licere; Quod si rem ab emptore contingat avocari, venditor de evictione & in id quod interest tenetur: de qualitatibus rei, ut de fertilitate agri, vel commoditate ædium, præter ea, quæ nominatim in contractu expressa sunt, non tenetur: eodem modo Venditor actionis, ad ipsum jus actionis præstandum, ut hoc habere liceat, ne ad alium pertineat, ut vere debitor sit ejus pecuniæ, quæ dicta est, ad hæc tenetur. Sed debitorem idoneum, aut locupletem atque solvendo esse, ad hoc non tenetur, de hoc emptor viderit, quid emat; nisi id ipsum venditor nominatim receperit, *l. 4. & sequ. h. t.* In nostro usu forensi probata sunt duo verba, quæ venditæ actionis præstationem continent, *vry, enjechtig*. Prius, quod est *liberum*, ad tertium, posterius ad debitorem pertinet. Prius ergo vult, nemini debitum illud esse obligatum, nec cuiquam alii jus exigendi competere. Posterius vernaculum proprie significat *Confessorium*, sive ad quod agnoscendum debitor vere teneatur: quando illa duo bene se habent, de exactione venditor actionis securus est, quoties, inquam, nihil amplius in se recipit, *d. l. 4. & 5.* quod eum posse, non dubitatur, & sæpe fit, quemadmodum etiam convenire potest, ne venditor de valore juris quod cedit, teneatur, *l. 10. & 11. h. t.* Altera, quam diximus, observatio nascitur ex invidia, qua laborant actionum redemptores, quasi lites & rixas aliorumque vexationes lucri studio quærentes: Ideo placuit ad minuendam hanc pruriginem, ne quis emptor actionis, a debitore plus quam ipse venditori solvit, consequatur, & reliquum lucro debitoris cedat, ex Constitutione Anastasii ** in *l. pen. & ult. C. Mand.* De usu harum constitutionum, variant Scriptores pragmatici, aliis adhuc valere, & aliis abolitas adfirmantibus, quos in utramque partem videre licet, apud Groeneweg. *ad d. l. ult. & penult.* Ipse de eo, tanquam esset Juris Quæstio, tractat, & tandem in distinctionem desinit: quin potius est facti quæstio, pendens a Legibus aut moribus cujusque populi. Apud nos valere, si debitor probare possit, quanto minoris summa debiti, solverit emptor, non dubitatur, ut usus docet, ac indicat Sandius *lib. 3. tit. 7. def. 2* ubi quæstio tractatur, an venditio actionis pro minore summa facta, dein metu constitutionis Anastasianæ, ab emptore & venditore mutuo consensu retractari possit; & decisum est, posse, si Emptor debitorem cessionis factæ certiorem non fecerit, vel cum eo non cœperit agere; denique, nisi partem debiti jam acceperit, per *l. 3. C. de Novat.* Haud

* Circa venditionem actionum, etiam hoc discrimen Juris Germaniæ Communis & Saxonici, observari meretur, quod illo Judæi actionem contra Christianum competentem Christiano vendere, at Christiani actionem talem redimere, prohibeantur, sub pœna actionis amittendæ & infamiæ ac remotionis ab officio, si quis Magistratus, Scriba aut Notarius, desuper instrumentum conficere præsumat. *Rec. Imp. d. 1551. §. 79. 80.* Hoc vero hujusmodi cessiones, vi observantiæ, conf. *R. I. d. A. 1577. t. 20. §. 7.* toleret, si modo fiant in judicio, & sine usuraria pravitate, teste Richter. *dec. 36. n. 15.* Philipp. *ad Dec. El. 28. Obs. 6.* Carpz. *l. 5. Resp. 38. j.* Schilt. *ad ff. Ex. 30. §. 72.* atque sic resp. *Fac. Jur. Lips. Mens. April. 1705.*

** *Dec. Elect. 28.* permittit justis ex causis, cessiones actionum pro viliore pretio, si modo (1) cedens non lædatur ultra dimidium, (2) cessio fiat judicialiter, coram quocunque judice, ubi simul summa cessæ actionis & pecuniæ, quæ pro re datur, exprimenda est. j. Carpz. *l. 5. Resp. 34.* Philipp. ad *d. Dec. Obs. 3.* Extrajudicialis quoque cessio subsistit, si cohæredibus, legatariis, fideicommissariis, certæ obligationes assignentur, aut creditori nomen in solutum detur, dummodo & in his cessionibus enormis, ultra dimidium, læsio non deprehendatur. add. Berger. *ad Lauterb. p. 352.* Quando autem fraus adhibita, & dicta Decisio neglecta est, integrum debitum fisco aut Dominis Jurisdictionis cedit, ita tamen ut debitori usuræ remittantur, ac dilatio solutionis concedatur. *d. Dec. 28.* Conf. Lang. *ad Proc. c. 16. n. 56.* Confer etiam sis Ill. Thomasii *Dissertationem de Aequitate cerebrina & exiguo Usu practico Legis Anastasianæ*, occasione *Jur. Provinc. Pruten. L. 4. Tit. 6. art. 5. §. 3. Halæ 1717.* editam.

gravate

gravate tamen concedimus, Legi isti non esse locum, nec apud nos quidem, si actio publice vendita sit, quia tum cessat αἰσχροκερδίας & dolosa machinationis pravæ suspicio, *arg. l. 1. C. de Præd. decur. lib. 10.* quibus addere velim ejusmodi obligationes & actiones, quæ in publico sunt commercio, quales sunt in nostra Patria, Reipublicæ æris alieni obligationes, & Actiones Indiæ Orientalis, atque Occidentalis: quarum pretia mirifice accrescunt & decrescunt, sæpe levibus famæ vagantibus auris: In nostra quidem Frisia minus illa variatio conspicitur, nec tantum est æs alienum hujus Provinciæ, ut frequens obligationum ejus sit commercium: Accidit tamen difficilioribus belli temporibus, ut v. gr. octuaginta pro centum dari solita fuerint: Nec dubium, quin ejusmodi commercium sit extra sanctionem Legis Anastasianæ. Quo melius autem constare possit, an debitor uti possit Anastasiano beneficio, Statutis nostris specialiter cautum est, ut causa cessi nominis in cessionis instrumento exprimatur, & si venditum sit nomen, pretium, quod pro actione datum est, addatur, sub pœna nullitatis, *1. Stat. ꝛn. 4.* Tantum abest, ut apud nos istud beneficium cesset.

Quod omissum ad *prædictum Mand. tit.* placet hic supplere; venditas actiones *utiles*, etsi mandatum accedat, transire in heredem, ut natura venditionis satis declaratur, quemadmodum de actionibus in solutum datis habet *l. 1. C. de O. & A.* Directa, quæ ex mandato competit, post mortem, qua mandatum finitur, dari non potest, nisi cedens heredem habeat, qui ex empto ad actionem de novo per mandatum renovandam, cogi posse videtur, *arg. d. l. 1.*

8. Postremum, quod in hoc Titulo tractandum erat, est Annui reditus venditio. Quamvis enim pecunia pro pecunia non facit emptionem venditionem; nihil vetat tamen aliquod jus emere, ex quo certus reditus quotannis percipiatur, quod jus tum mercis induit rationem; at quomodo differat a contractu usurario, diximus ad *tit. l. de Contrah. empt. Part. I. pag. 322. sq.* Habet autem reditus emptus hoc pluribus in locis singulare, quod redimi potest; habet etiam jus Retractus, de qua utraque proprietate, commodius *infra* acturi, transimus ad Tit. V.

TIT. V.

De Rescindenda Venditione.

I. Transitus, & partitio tituli. II. Inductio L. 2. C. de Rescind. Vend. III. Non videri extendendam ad alios contractus, ne quidem ad permutationem, Locationem, Societatem. IV. Nec ad Transactionem. V. An & in auctionibus publicis. VI. Species, quibus nec in emptione venditione locum habet beneficium Legis. VII. An & scienti pretium detur. VIII. Proprietas actionis. IX. Pactum de retrovendendo expl. X. An detur inde Actio in rem. XI. An ei præscribatur.

QVomodo, quibusque pactis contrahatur Emptio Venditio, satis est declaratum; sequuntur modi, quibus rescinditur, qui sunt vel communes cum aliis actis & contractibus, vel speciales Emptioni Venditioni. Communes sunt tres potissimum; Metus, Dolus, & Contrarius partium consensus. De Metu doloque *supra* titulis propriis est actum. De contrario consensu, expositum habes in *tit. Inst. Qu. mod. toll. obl.* Speciales modi, quibus Emptio venditio proprio jure rescinditur, sunt quatuor; Remedium *Legis 2. C. de Rescind. vend.* Pactum de retrovendendo; actio Redhibitoria; & Retractus. De Redhibitoria locus *infra* peculiaris occurret. Tres reliquæ causæ sunt hujus Rubricæ.

2. Primus igitur modus, est remedium *Legis 2. C. de Resc. Vend.* Olim cuilibet absque dolo rem minoris pretii majoris distrahere licebat, & Circumventiones in pretio *naturaliter* licitæ credebantur, ut loquitur Ulp. in *l. 16. §. 4. ff. de Min.* voce *naturaliter* aut pro Jure gentium, aut pro usu hominum, aut pro dictamine rationis naturalis, quia res aliter inter homines geri vix possunt, accepta. Tandem aliquando visum est, modum huic rei imponere, ut vetus licentia restringeretur: Sicut tempore Ciceronis, cum antea dolo quoque se invicem circumvenire liceret, prius quam Aquilius doli formulas invenisset, ut Cicero scribit *l. 3. Offic.* Diocletianus & Maximinianus tandem constituerunt, *Venditorem si nec dimidia pars pretii soluta sit ipsi, petere posse, ut vel fundus sibi restituatur pretio a se refuso,*

so, vel ut emptor, quod justo pretio deest, supplere jubeatur, in d. l. 2.

3. Verba legis de Venditore loquuntur, qui rem majoris pretii tanto minoris vendidit; Sed quia contractus hic est æquabilis reciprocæ præstationis, dubitari non potest, quin ad emptorem quoque pertineat, quoties accidit, ut rem majoris pretii *duplo*, vel *altero tanto*, vel *dimidio pluris* (nam hæ expressiones sunt æquipollentes,) emerit quam valebat, nec ea de re dubitatur. Sed in hac limitatione non subsistunt Interpretes, quando beneficium hujus Legis ad omnes contractus mutuæ præstationis, ut est locatio conductio, Societas, Permutatio, imo & Transactio, aliique similes, in quibus æquitatis species blanditur, extendunt, etiam ita D. Thomasius.

SCHOLIUM.

Verius est, quod extendatur in iis, scilicet in quibus eadem est ratio, quod argumentum Autor modo ipse in venditione usurpat. vide Struv. th. 92. Schüz. p. 267.

RESPONSIO.

Multum refert, in eodem contractu a Venditore ad emptorem facias consequentium, ut nos, an ab alio ad alios contractus committas transitum, quod heic arguitur. Non esse eandem in aliis contractibus rationem, paulo inferius *videbimus.*

N. ADDIT.

De sensu legis 2. C. de rescind. vendit. *uti plurimæ quæstiones ortæ, ita plerumque in utramque partem in earum definitione Doctores abierunt, ut facile ubique fere possis opiniones communes contra communes ostentare. Causa hujus rei fuit dissensus circa inveniendam rationem genuinam hujus legis, omnibus quidem ad æquitatem provocantibus, sed in quo consistat illa æquitas, non facile consentientibus. Laboravi ipse circa eam inveniendam in* Instit. Jurispr. divinæ, l. 2. c. 11. §. 50. *Nunc vero re accuratius pensitata, loco Scholiorum, quæ de sensu hujus legis* ad h. t. *dedimus, ea est mens nostra. Ante Diocletianum nemo cogitavit de rescissione emptionis ex læsione ultra dimidium. Mirandum vero, si æquitas in hoc casu rescissionem postularet, neminem ex antiquis JCtis eam vidisse, gnaris alias vel maxime principiorum justitiæ & æquitatis. Igitur si absque autoritatis præjudicio expendatur, quanam æquitas postulet hanc legem, nullam aliam deprehendes, nisi mere cerebrinam, i. e. talem, quæ constet nudis sine mente sonis, & cujus vix casus perspicuus dari possit. Hinc illæ dissensiones de ratione & sensu legis. Nec credo, unquam casum notabilem de hac lege contigisse, ut i nec memini, me unquam casum hunc vidisse in terminis, etsi sæpius acta legerim, ubi de læsione ultra dimidium fuerit actum, sed ubi vel apertus dolus erat, ut remedio hujus legis non esset opus, vel ubi actor casum legis secundæ non recte applicaverat, vel ad pretium rei venditæ post venditionem auctum, vel ad casus, ubi contrahentes verum pretium sciverant, vel scivisse erat præsumptio. Plura ea de re alias.* *

Ergo deliberandum censeo, an non verius post alios scripserit Sandius noster *lib. 3. Decis. t. 4. D. 17. Vers. Quod Curiæ. Cum remedium,* inquit, *d. l. 2. proditum sit in sola Emptione Venditione, contra rationem juris Veteris, lex ea extra fines suos trahenda non est, ne quidem ex identitate rationis & æquitatis,* ut post alios pluribus disputat Ant. Faber *Dec. 8. Err. 8.* Continetur iis verbis ratio, cur hoc remedium extra limites emptionis venditionis non sit producendum, quia novæ leges, & juris antiqui derogatoriæ, stricte sunt explicandæ. Præter hanc generalem, non desunt quoque per singulas species propriæ rationes; I. De Permutatione non est proditum hoc remedium, nec opus est illuc extendamus, quia Contractus ille rarior est, non habens pretium, sed utrimque rem incertæ æstimationis, & quia satis ei consultum jure proprio per pœnitentiæ facultatem, quæ datur quamdiu contractus non est utrimque perfectus, ut alibi dictum, & exponetur ad *tit. de Permut.* Nec II. eadem est in locatione conductione ratio, quia circumventio in hoc contractu non est tanti præjudicii, cum ad usum modo & mercedem usui respondentem, non ut Emptio venditio, ad proprietatem, adeoque rem totam pertineat. Si ex novo jure consequentiæ facilitas usquam cohibenda, in rescindendis actis & contractibus id observandum inprimis, ut vix, ubi est eadem exacte ratio, sine Lege, permittenda videatur. Porro in Societate supervacuum erat hoc remedium, quia propriis regulis ejus æqualitati satis est consultum, *l. 3. C. Comm. utr. jud.* & diximus *ad tit. Com. Divid.*

* Scilicet *in dissertatione de Aequitate cerebrina L. II. C. de Rescind. Venditione & ejus usu Usu Practico* Halæ 1706. 4. edita, ubi Auctor Ill. omnem de Æquitate Cerebrina doctrinam exhibet, & *l. 2.* sub & obreptitie a Diocletiano impetratam, *l. 8. Legis 2.* esse correctoriam, & utramque assumento Triboniano locupletatam, contendit.

4. Multo

4. Multo minus ad Transactionem extendi potest Lex 2, quoniam hæc stricti juris: non est mutuæ præstationis; & denique ne lites instaurentur, maxima juris cautio est; quibus accedit, quod Transactio non nisi de rebus incertis fit, cum, ut rescissio propter læsionem ultra duplum habeat locum, rem certam inprimis esse oporteat; quando de duplo constare nequeat, nisi de simplo prius constiterit. Accedunt textus notabiles, in *l. 78. in fin. π. ad SCt. Trebel.* quæ nec, etsi læsio sit ultra quadruplum, transactionem permittit. Huic addenda *l. 23. pr. de Condict. indeb.* junctis iis, quæ habuimus *ad tit. de Transact. p. 643. vers. Præterea.* Eandemque fuisse Curiæ nostræ sententiam, licet exemplis supersedeamus, est ubi meminerimus.

SCHOLIUM.

Dissent. Struv. Ex. th. ult. *Sed textus, quos citat, loquuntur non de læsione, quam considerat* l. 2. C. de rescind. vendit. *quæ a dolo abstrahit, sed de dolo, vel contumacia. De moribus nostris vide* Part. 2. Const. Elect. 34.

Tu adde Gailium *l. 2. obs. 70.* eique potius credde sis, quam Fachinæo, *l. 1. c. 26.*

SCHOLIUM.

Utpote qui d. l. *defendit, in transactione remedio huic non esse locum, contrarium defendente Fachinæo. Cæterum quemadmodum non tam credimus in jurisprudentia Doctori, quam potius ejusdem rationi assurgimus, ita tamen, si Gailio credendum est, credendum quoque erit in eo, quod* d. obs. 70. n. 1. & 2. *asserit remedium* l. 2. *etiam in aliis contractibus, præter emptionem, habere locum.*

RESPONSIO.

Si non licet dissentire ab eo, quem in alio articulo sequaris & laudes, habet rationem Thomasius. Sed hoc valde novum fuerit & contra quod ipse monet, non Doctori, sed ejus rationi adsurgendum, quæ est ratio nostra.

Videtur etiam, quo minus hujus remedii extensio sit favorabilis, hæc ratio facere, quod usus *l. 2.* populariter non magni fiat, nec viri prudentis, ut ad eam provocet, esse credatur. Mercatores etiam, si id agant, deridiculo se præbent, ipsique rustici ut ineptum & puerile, si quis hujus beneficii querelam instituat, increpant; maxime si quis in proprio facto versatus, illud imploret, faciliori in successoribus excusatione: Supposito semper, nullam adversarii fraudem intervenisse, quæ si arguatur, justissima fit oppositio, verum extra hujus Legis ambitum.

5. Est adhuc validior improbatio popularis in auctionibus publicis, in quibus alioqui ratio juris non excludit hoc beneficium, ut probat Sandius autoritate rationibusque, *l. 3. t. 4. Def. 12. alterum dubium.* Sed usus beneficii in publicis venditionibus admodum rarus est, maxime in auctionibus rerum mobilium; in quibus ob multitudinem confertam rerum, & celeritatem venditionum illarum, difficulter hujus legis remedium exerceri potest. In rebus tamen majoris momenti, adeoque in thesi, non potest negari, quin etiam in publicis auctionibus usus ejus adhiberi possit, ut juxta alios probat Parladorius *Rer. quot. l. 2. c. ult. Part. 5. §. 16. n. 10.* probatumque est in foro Frisico, & Sabaudico, teste Fabro *l. 4. Cod. tit. 30. Def. 4.*

6. Neque vero semper, etiam in emptione venditione valet hoc remedium; Nam primo cessat in hereditate vendita, ut probatum & judicatum est apud Sandium *3. 4. 15.* cujus ratio est incertitudo rei venditæ, propter incrementi & decrementi in hereditate varietatem; ubi autem de simplo non constat, querela læsionis ultra duplum non habet facultatem. Eodem pertinet venditio rei, cujus æstimatio tempore venditionis plane fuit incerta: nam si tunc ex eventu probetur læsio ultra dimidium, non placet hoc beneficium recipi, Sand. *d. t. 4. Def. 16.* Rursus eadem incertitudinis ratio negat hoc beneficium in hujusmodi negotio, quo quis cessit, ac bona sua cuncta transtulit, ea sub conditione, ut ipsi, quamdiu victurus esset, mille annui præstarentur, idemque omni ære alieno liberaretur, Sand. *ibid. Def. 17.*

7. Ratio fundamentalis hujus remedii, est enormis inæqualitas inter mercem & pretium, quam, ut diximus, Reipubl. non expedit in infinitum permitti, sine respectu doli aut erroris, hujus aut illius; Sed lex ejusmodi venditiones, in quibus est inæqualitas ultra duplum, ut intolerabiles improbat: Quapropter eorum probabilior est sententia, qui non negant hoc beneficium, etsi alter probare possit, ei, qui petit rescissionem, non fuisse ignotum rei venditæ pretium; nisi constet, eum determinato & pervicaci proposito rem quovis pretio habere voluisse; quo temperamento forte an conciliari queant Auctores diversum hac de re statuentes, quos recenset D. Wissenbach. *h. t. th. 16.*

8. Actio, quæ ex hoc remedio datur, non alia videtur esse quam Emti venditi, sicut eadem ex lege Commissoria competit, *l. 4. pr. D. de Leg. Commiss.* nec proin breviori quam XXX. annorum spatio finitur, Sand. *d. tit. 4. def. 11.* Non est igitur condictio ex lege, multo minus in integrum restitutio, etsi Curia Suprema petenti ex hac causa restitutionem, jus dicere non gravata sit, *d. def. 12.* quod deinceps iterum in simili casu concessum memini, etsi ratio non deerat, Actores imperitiæ, post contestatum hujus rei monitum apud Sandium, injuncta repulsa *quomodo procedit*, admonendi. Utique in ejusmodi Foro, quo juris Civil. vestigia in formandis libellis haud penitus obruta & confusa sunt. Cæterum contentio Actoris, qualis in hac actione sit ac esse debeat, ex ipsa *l. 2.* satis constat, nempe ut res vendita restituatur, vel pretium ad æqualitatem redigatur, cum fructibus rerum & usuris pecuniarum post litem contestatam, non altius repetendis, quoniam antea pro b. f. possessore fuit habendus. Cæterum restitutione facta, pignora, servitutes, aliaque jura rebus imposita, finiri, consentaneum est, *arg. l. 4. §. 3. de in diem addict. l. 3. ff. qu. mod. pign. solv. l. 1. §. ult. l. 31. de pignor.* Wissenb. *h. t h. 21.* & quos ille habet Auctores, ubi & dissentientes. vide Pinel. *Tr. ad d. l. 2. part. 2. n. 11.*

9. Secunda causa rescindendi venditionem, est Pactum de RETROVENDENDO, quod dicitur, quo convenit, *ut quandocunque venditor idem pretium emptori præstiterit, res vendita restituatur*, *l. 2. C. de Pact. inter Empt. & vend.* Quod si contractui venditionis in continenti sit adjectum, non alia quam ex vendito opus est actione. Si ex intervallo accesserit, præscriptis verbis agendum est, adversus emptorem, ad restitutionem rei, cum fructibus inde post oblatum pretium perceptis, & eo quod interest, contractum non fuisse servatum, *l. 2. C. de pact. int. empt. & vend.* Quod si emptor rem alienaverit, an contra tertium possessorem actio in Rem detur, non levis est dubitatio, quæ in *d. l. 2.* non deciditur, cum ibi res alienata non tradatur. Auctores & rationes in utramque partem, videre licet apud Gailium *lib. 2. obs. 16.* Ex limpido Jure petenda judicatio, quæ exinde pendet, utrum pactum de retrovendendo, sit habendum pro resolutivo venditionis, an pro simplici obligatorio emptoris; hoc casu tantum est personalis actio; Illo, dominium ipso jure post oblatum pretium redit ad venditorem, sicut fit in Lege Commissoria, quæ nihil est aliud, quam conventio de re vendita traditaque, dominio vere translato, restituenda, si pretium non solvatur, ut est hocce pactum, si pretium offeratur, *l. ult. in verbis: ut a venditore vendicari debeant, supra de Lege Commissoria.* Aliud exemplum est in *l. 13. in pr. de Pignorat. act.* ubi creditor vendens pignus, addit pactum de retrovendendo, si quando debitor pecuniam pretii solvat emptori; ex illo pacto non tantum actio in personam, sed & rei vindicatio competit debitori, *d. l. 13.* Ratio est, quia postquam dominium translatum, ex ejusmodi pacto *venditor non recipit jus ab Emptore, sed in pristinam causam res redit, resoluta venditione*, ut ait Paulus in *l. 10. in fin. Quib. mod. pign. solv.* Ex his locis videtur, pactum retrovendendi esse resolutivum; & secundum illud, quando emptor, qui pacto retrovendendi obligatus est, rem contra fidem datam vendidit, primus tamen venditor pretium offerre potest emptori; si non accipiatur, obsignabit, eoque facto resoluta venditione, conveniet possessorem, ut rem, quæ in pristinam dominii causam rediit, restituat, qui regressum contra suum venditorem capere potest; atque hic usus est hujus sententiæ. Qui aliter sentiunt, quos inter plerique recentiores, pro se habent *d. l. 2.* quæ tamen non loquitur de casu, quo rei vindicatio proprium habeat usum. Agit enim de casu, *quo hæres* emptoris, pacto de retrovendendo *non paret*, hoc est, rem quam possidet, oblato pretio, restituere negat, is enim personali actione cogi potest: An vindicatio detur, usu venit ambigere, quando tertius rem tenet. At hic casus nec quidem est in *l. si sterilis. 21. §. sed et si. 5. de act. empt.* qua inprimis illi nituntur, ubi sic ait Paulus; *Sed et si ita fundum tibi vendidero, ut nulli alii eum quam mihi venderes, actio eo nomine ex vendito est, si aliis dederis.* Non est quæstio, an actio ex vendito personalis detur, hæc sine dubio competit, sed, an ea deficiente, rem liceat vindicare, quod heic non negatur. Quando de venditore ipso agitur conveniendo, non opus est alia quam personali actione, alia nec usu venit: Hoc quæsitum requirit terminos habiles rei apud alium existentis & ab illo repetendæ, venditore fortean non solvendo redacto. Qui præterea citantur textus ex *l. rebus. 6. C. de rer. permut. act. l. 3. C. de Condict. ob caus. dat. l. ult. §. 1. de Contrah. empt. l. 25. de O. & A.* nihil habent, quam communem doctrinam, Pactis & Conventioni-

bus

bus non affici rem ad dominii mutationem. Est enim hoc verissimum de conventione, quæ simpliciter ad dandum vel faciendum tendit, non de pacto resolutivo, cujusmodi hoc esse de retrovendendo videtur, & textibus adductis probatum est. Ac ideo non minus rationi juris, quam utilitati communi congruit, quod emptor habens jus ex pacto de retrovendendo, idem offerendo pretium, rem a tertio quoque recuperare possit, veluti quæ impleta pacti resoluti conditione, rediit ad dominium primi venditoris. Hæc modo, remotis auctoritatibus, ἀρίςη φαίνεται γνώμη. Dissent. vid. apud Wissenbachium *th. 30. h. t.* & Struv. *23. 44.*

10. Solet in usu rerum hominumque, Pactum illud de Retrovendendo iniri, quando quis temporaria pecuniæ angustia laborat, inprimis si & rerum soli pretia valde dejecta sint, cum spe, fore ut inopia brevi cesset, & pretia meliori tempore crescant. Hinc ab initio belli Anglicano-Monasteriensis, cui accessit vilitas frugum insolita, cum pretia rerum immobilium vehementer essent imminuta, frequenter ejusmodi pacta venditionibus adjiciebantur, irrito successu, & præsente detrimento: Quia longe res minore pretio respectu talis pacti vendebantur, quam venire potuissent, & pretia, secus ac homines miseria temporis nondum subacti imaginabantur, inde semper ivere cessum & aliquando pessum. Emtores, a quibus hæc pacta exiguntur, plerumque certum tempus stipulantur, quo ad revendendum teneantur; Si nullum tempus adjectum sit, non minus, quam prior, anceps est quæstio, an obligationi ad retrovendendum tempore saltem longissimo præscribi possit *, quod negat Wissenbachius noster, secutus plures claros interpretes, quos laudat *th. 32. h.* At nobis causa non est recedendi ab eo, quod in *posit. 12. ad h. t.* collocavimus, verius esse, locum heic habere regulam *l. 30. C. de Præscript. 30. vel 40. ann.* qua omni juri in universum annis triginta præscribitur, cui accedit, quod hoc jus de retrovendendo, *immediate* ex contractu adjecto nascitur; ad quæ verba sunt hæc Thomasii;

SCHOLIUM.

Cui objectioni dissentientes non respondent, quos inter est etiam Grotius de J. B. & P. lib. 2. c. 4. §. fin. *Nec obstat, quod res meræ facultatis præscribi non possint, redemptio vero rei venditæ, & luitio pignoris, ad has spectare videantur. Respondeo enim, ita spectare ad res meræ facultatis, ut repetitionem debiti, v. g. ex mutuo, quæ sane per longissimum tempus præscribitur. Plura vide apud Struv.* Ex. XXIII. th. 22. n. 3. & *Henninges* ad d. l. Grotii.

RESPONSIO.

Nihil habemus reponendum, nisi quod Grotius in laudato loco non agit de retrovendendo, sed de luitione pignoris, cujus diversam esse rationem, videbimus infra; Ubi & de mera facultate, quod dicitur, potest addi hæc ratio; quod omnino intersit Reipubl. dominia rerum aliquando certa esse; qua gratia præscriptiones & usucapiones introductas esse, constat.

Sed in *lib. 3. Introd. c. 14.* Grotius tacitum jus redimendi annuos reditus affert, quod in Hollandia aliisque locis obtinet; per quod, inquam, is qui vendidit annuam pecuniæ præstationem, semper illud jus redimere potest, eodem pretio quo venditum fuit, aut si illud non constet, pro sedecim in singulos annuos nummos, adeo ut nec valeat conventio in contrarium; nec, si convenerit ut intra certum tempus liceat redimere, tamen emptor, post id tempus redimere prohibeatur. Tali redemptionis facultati nec longissimo tempore præscribi posse, statuit recte, quia lex illam redimendi facultatem, rei venditæ durationi æqualem facit. Idem apud nos juris est de reditibus annuis duntaxat ex ædibus debitis, ut semper redimi possint, non a venditore, sed ab ædificii domino, *1. Stat. tit. 11. n. 11.* ubi ratio redditur, *ne ædificia destruantur.* Nam si tales reditus semper ædibus inhæreant, mutatione temporum, aut ætatibus ædificiorum evenire potest, ut impensæ supra illos reditus non valeant usum ædium, ac ita deserantur; cujusmodi exemplorum his ultimis temporibus copia non defuit; etiam ut in hac Civitate Magistratus, quibus ejusmodi reditus ex ædificiis debebantur, cum desertæ essent domus, nec solvendo domini, coacti sint eas vendere, sublato reditus onere ac in perpetuum emptoribus remisso. In agris, qui destrui non possunt, idem non placuit, tametsi cultus eorum, ob magnitudinem ejusmodi onerum deseri

* Nostro jure, quoties nullum tempus in conventione expressum fuit, jus retroemendi nunquam præscribi, patet ex *P. 2. C. El. 1.* Moller. *ad eand. n. 1.* Carpz. *ibid. def. 8.* Bert. *P. 2. Concl. 2.* n. 81. post publicam tamen subhastationem & adjudicationem, jus hoc quodammodo expirare ac derelictum videri, monet Philipp. *de Subhastat. c. 4. comm. 16.* Carpz. *l. c. def. 25. 3.* *P. 2. C. El. 32.* §. Wenn aber ex pacto.

quoque possit, agri tamen agri manent. Extra hujusmodi exceptiones non recedimus a Jure Civili, nec adeo ab eo, quod diximus; Jus retrovendendi nullo tempore definitum, XXX. annis finitum videri, quod etiam novissime probat D. Bekman. ad *tit. ff. de Lege Commiss. n. 8.* etsi contrarium in Foro fateatur esse receptum, *d. n. 8. & n. 23.* Ubique, non dixerim.

DE JURE RETRACTUS.

XII. Jus Retractus quid, & Causa Retractus ex Constit. Friderici, qua confertur cum Jure Fris. XIII. Species alia Retractus improprie dicti. XIV. An jure veteri Rom. fuerit in usu Retractus sanguinis & consortii, ad l. 14. C. de Contrah. empt. *XV. Retractum sanguinis dari secundum gradus, quando, & quomodo. XVI. Liberis qua heredibus, non videri Retractum dari; feminis tamen, at non adoptivis. XVII. Quibus casibus pro parte fiat Retractus. XVIII. An remotior cognatus a propinquiore patiatur Retractum; non videri. XIX. De communione, causa Retractus. XX. Casus medius inter communionem & vicinitatem. XXI. De ipsa vicinitate. XXII. Quibus in contractibus, & Quibus in rebus, locum habeat Retractus. XXIII. Quanam ex Retractu actio detur. XXIV. Quibus casibus cesset.*

12. INter modos rescindendi venditionem, collocavimus RETRACTUM, qui in hoc usu nostro nihil est aliud, quam *Jus, quo alius oblato eodem pretio, emptori rescisso ejus contractu, praefertur.* Vocatur Retractus a *Retrahendo,* quod in *l. 9. §. 1. ff. de admin. rer. ad Civ. pertin.* usurpatur de revocatione rerum propriarum, quae ab aliis detinentur. Quod hujus loci est, Graece *προτίμησις*, i. e. *praelatio,* Doctoribus etiam, nescio unde, *Jus congrui* vocatur, & aliis populis cujusque sermone propriis vocabulis. Nostri a re ipsa vocant *Naestinge, Naerkoop.* Fundus ejus est in Constitutione Friderici inserta *lib. 5. Feud. cap. 13.* & datur e tribus causis, jure sanguinis, communionis, & vicinitatis, in his verbis *d. Const. Inprimis vocentur parentes,* (sic Italice corrupta voce *cognati* vocantur,) *post hos socii,* (sub quibus omnes, qui rem habent communem, continentur,) *post hos qui sunt conjuncti,* i. e. vicini. Adduntur qui sunt *sub uno servitio,* quod est peculiare vasallis, nec extra Feuda habet usum. Forte etiam Constitutio Friderici non habet juris potestatem, ut censet Groenewegius ad *l. 14. C. de Contrah. empt.* aliique ab illo citati: Habet tamen auctoritatem fere talem, qualis Juri Civili adscribitur, in populis ubi pro lege non est receptum, sed illustrandi suadendique causa citatur. In Statutis Frisiae duae tantum causae memorantur, *Cognatio & Vicinitas, 1. Tit. 12.* Unde ingenti contentione quaesitum memini, an communio, quae ex lege Friderici media est inter sanguinem ac vicinitatem, locum suum nostris Statutis amiserit, de quo consulti aliquando Cl. Wissenbachius & ego, respondimus, communionem non videri exclusam, adeoque consortes cum vicinis concurrentes, esse praeferendos, idque his rationibus: I. Quia Constitutio Friderici, licet pro jure communi apud nos forte non sit recepta, ideoque nec valeat ejus respectu haec regula, Quod Statutis de jure communi non est abrogatum, hoc durat ac manet in usu; non levis tamen ejus est auctoritas, quatenus Statutis non adversatur, sicut heic illis non est contraria. Non tollit communionem; Ergo relinquit suo loco. II. Quia ratio, qua retractus nititur, ut cives commoditate situs & beneficio legis hoc respectu fruantur, fortius pro sociis, quam vicinis militat. III. Quia juris ratio fert inprimis, ut recessus a communione quovis meliore modo juvetur, ad discordias evitandas, *l. 77. §. 20. de Leg. 2.* IV. Quia sub voce vicinorum, socii, sive consortes ejusdem agri vel domus, compendio sunt comprehensi, distinctione inter eos ex jure communi petenda, ac ita jam olim apud Nautam judicatum reperio, inter *Johannem During & Philippum de Bosbuisen d. XV. Jul. 1642.* nec aliter in ea, super qua nos consulti fuimus causa, decisum est a Curia, quam consortes, sive qui partem agri venditi pro indiviso possident, vicinis in retrahendo esse potiores. Si vero Statutum mentionem Sociorum fecisset, & vicinium omisisset, hi non continerentur, ut recte observat Thomasius in *Schol. ad Posit. 19.* quia minus illi quam socii, & plus juris hi prae vicinis habent. Ergo manent tres illae causae juris Retrahendi, etsi plures species recenset D. Thomasius.

SCHOLIUM.

Retractus est conventionalis, vel legalis. Et hic vel ex jure dominii oritur, vel ex jure crediti, vel ex consanguinitate, vel ex societate, vel ex vicinitate. De conventionali, & eo, qui ex dominio, aut credito oritur, quos Autor omisit, vide Struv. Ex. 23. th. 40.--53.

Responsionis loco erunt sequentia.

13. Retractus vocabulum late sumptum, de Addictione in diem, & Lege Commissoria quoque prædicari potest, nam etiam per illas res venditæ *retrabuntur*; adeoque de illis hoc usurpat Struv. *in laudato loco*. Pactum de retrovendendo est etiam Retractus species, & similia pacta, de quibus superius dictum, juncta *l. 75. de contrab. empt.* quæ revera nihil sunt aliud quam arbitraria Pacta, e quibus certum jus Retractus colligi non debet. Retractus ex jure dominii, sane datur specimen in *l. 3. C. de jure Emphyt.* ubi dominus intra bimestre spacium præferri potest emptori juris emphyteutici, quod & a nobis in *loco* memoratum. Ex jure crediti exemplum est in *l. 16. de Reb. auctorit. jud. possid.* ubi rebus judicati exequendi causa venditis, præferuntur Creditores, & post Creditores cognati præcedunt extraneos, nisi forte cognati sint iidem creditores, quo casu aliis creditoribus geminato jure præferri videntur, *arg. l. 60. de Pact.* ubi *necessariæ* personæ non videntur esse aliæ, quam cognatione conjunctæ.

N. ADDIT.

Videat Lector, an distinctio illa inter retractum late & stricte dictum, item ex n. 15. inter eum, qui moribus nostris adhuc obtinet, & qui minus, caussam dissensus tollat. (Nam Autor, qui hic n. 13. *ambigue loquitur, ut putes, eum nobiscum consentire, dissensum tamen suum repetit* n. 15.) *Istæ species ab Autore omissæ, æque propriæ sunt species retractus, ac reliquæ, & æque, credo, moribus hodiernis adhuc obtinent, ac reliquæ tres.*

14. Quin jam olim generaliter cognatis & consortibus ejusmodi jus videtur esse concessum, ut aliis in emptione venditione præferrentur, quod abrogarunt Impp. Valentinianus, Theodosius & Arcadius in *l. 14. C. de Contrab. empt.* ubi; *Dudum*, ajunt, *proximis consortibusque concessum erat, ut extraneos ab emptione removerent, neque homines suo arbitratu vendenda distraherent.* Mirum est, quando hoc jus obtinuerit, cujus nulla usquam vestigia in Jure leguntur, ut Hotomannus ridendos putet eos, qui ex *d. l. 14.* jus aliquod retractus colligendum docent, *comm. de verb. signif.* verb. *Retractus*. Sed non dat alium verbis idoneum sensum. Magis est, ut Jacobo Gothofredo ad *l. 7. C. Theod. de Contrab. empt.* adsentiamur, tempore Constantini Magni, aut circiter, ejusmodi Legem fuisse latam. Nam paulo ante contrariam adhuc obtinuisse, docet *l. 3. C. de Commun. rer. alien.* quæ est Diocletiani. Juris autem ejus abrogati vestigium reperit idem in Symmacho, qui illo tempore vixit, & qui *lib. 9. epist. 117.* meminit προτιμήσεως, quam aliquis jure *consortii* exercere volebat. Sed in illa *l. 14.* reditum est ad jus vetus, quo liberum erat unicuique rem suam vendere cui vellet, sine cognationis aut consortii respectu. Adduntur in fine *d. l. 14.* hæc verba; *Nisi Lex specialiter quibusdam personis id facere prohibuerit*, quæ non extant in Codice Theodosii. Proinde adjecta esse a Triboniano, pro certo habendum; ne simul abrogatas putaremus species modo enumeratas, juxta eam, quæ est in *l. un. C. non licer. habitat. metrom. loca sua ad extran. transf.* ubi *convicaneis* ejusmodi quoque privilegium tribuitur.

15. Nos eum Retractum, qui moribus hodiernis adhuc obtinet, prosequemur: qui ex tribus, inquam, caussis oritur, Consanguinitate, Communione, Vicinitate. Jus retrahendi, quod datur consanguineis, secundum gradus sanguinis exercetur eosdem, qui in successione ab intestato servantur, per *verba d. Const. quos vocavimus per ordinem*, & quia non alius datur exitus in conflictu plurium cognatorum, ut etiam diserte comprehensum est *d. Art. 5. Tit. 12. Stat. Fr.* quod tamen ita videtur accipiendum, si res extra sanguinem alienetur; Cum enim hoc jus nitatur tacita prohibitione, ne res alienetur extra familiam, actio ad retrahendam rem, non nisi commisso casu alienationis extra familiam, usum habere potest, per *l. 69. §. 3. de Leg. 2.* juncta *l. 67. §. 2. eod.* Tiraq. *de Retract. §. 11. Glos. 6. n. 7.* Gail. 2. *Obs. 19. n. 7.* Wissenb. *P. 1. Pand. disput. 36. th. 8.* nec aliter in Foro nostro servari puto, idque censuisse Curiam olim in *causa Friderici a Schwartzenbergh*, contra *Mariam a Schwartzenbergh*, testatur Nauta *Decis. 62.* Jus tamen repræsentationis hic non obtinere, sed gradum spectari, adeoque fratrem præferri fratris filio, dicendum videtur per *l. 3. §. 5. & 7. de Legit. tut.* Tiraq. *§. 11. Glos. 11. n. 1. seqq.* Quod si plures ejusdem sint gradus, non datur alius exitus, quam ut pro partibus admittantur, dividendis si res dividi queant, alioqui pro indiviso, ut recte post alios D. Wissenb. *ib. th. 8.* Quæ res cum ob statum Communionis rixosum odiosumque, minime sit favorabilis, videndum, ne non statuendum sit; Cognatum, qui simul est vicinus, cognato ejusdem gradus præferendum; quoniam duo vincula fortius adstringunt quam unum: & si recte ad argumentum retractus, ut fit a multis, refertur *lex 60. de Pactis*, sicut a nobis modo factum, id

inprimis ad hanc rem pertinet, quod cum cognatis præferantur Creditores, *l. 16. de Re Judic.* si tamen cognati pariter sint Creditores, quod tum reliquis sint præferendi. An etiam qui prius de Retractu egit, præfertur? Ita Struv. *Ex. 23. th. 58.* Puto, si quis prior totum legis actum huic negotio præscriptum absolverit, alium ejusdem gradus non esse admittendum, verum eo, quod alter puncto temporis os suum in judicio prior aperuerit, eo non videtur alius idem jus habens excludi, cum primus nihil adhuc juris acquisiverit, idque servari puto. Denique, si res sit individua, sorti locum esse dandum, verius est, ut Struv. *ibid.*

16. Cæterum, liberos venditorum jure cognationis in retrahendo uti posse, non est dubium, * si nihil quam jus cognationis in illis spectandum veniat; si vero sint heredes Patris Venditoris, quia sunt eadem persona eum defuncto, eumque repræsentant, non possunt simul esse Venditores & Retrahentes, hoc est rescindentes Venditionem. Vulgo aliter edifferunt, quasi heres retrahendo non agat contra factum defuncti, sed magis hoc approbet, dum se primi emptoris loco substitui petit, suoque proprio sanguinis, non hereditario jure, in retrahendo utitur, ut videre licet apud Sandium *l. 3. tit. 5. def. 7.* & Struvium *Ex. 23. th. 56.* qui & ipse dissentit. Utramque sententiam probabilibus niti rationibus, censet Thomasius *in Schol. ad Pos. 14. h. t.* Nos ad prius respondemus, id respectu Patris venditoris non male dici, respectu tertii esse veram rescissionem ejus, quod actum & cum emptore contractum est; quod heredi venditorem repræsentanti licere non potest; nec eo quod proprio jure se dicit uti, dum simul est heres, tertio præjudicare potest, non magis quam is, ad quem jure proprio sanguinis bona fideicommissaria, quæ a fiduciario possessore vendita sunt, pertinent, ea, si heres venditoris sit, retrahere & vindicare possit, *arg. l. 59. de R. J.* Valde fallor, si Compositores Statutorum nostrorum hanc rationem nostram & diversam considerantes, *d. tit. 12. art. 5.* tollendæ controversiæ, non adjecerunt hanc exceptionem; *nisi Retrahens cognatus in effectu Defunctum repræsentet*, ex quibus verbis heredes, liberi & cognati, a retrahendo excluduntur; dum liberi res a vivis parentibus alienatas retrahere non prohibentur, ut apud Sandium tractatur, *d. Decis. 7.* Sub liberis heic adoptatos non comprehendi, docet *argum. l. 76. D. Ad SC. Trebell.* & in Feudis, a quibus hic retractus originem sumsit, adoptionis commentum non admitti, constat ex *Cap. Adoptiv. Si de feud. defunct.* Legitimati naturales quo minus comprehendatur, nihil obstare potest, per *N. 74. c. 2.* Feminæ quoque sub *parentibus* sive consanguineis comprehenduntur, *arg. l. 1. de V. S.* cujus formula *si quis* utrique sexui communis est, etiam in *Constit. Friderici.* Continentur etiam sub familiæ appellatione simpliciter usurpata feminæ, *l. ult. de V. S.* nec aliter usus fert noster quotidianus, etsi non desunt qui secus observant: Struv. *d. Ex. 23. th. 58.* Perez. *tit. C. de Pact. int. empt. & vend.*

17. Quamvis autem, ne res sine conventione partium in Communionem incidat, haud levis in Jure cautio sit, quando tamen Retrahens pro parte solummodo jus habet, majore quoque in retrahendo effectu potiri nequit. Quare cum duo conjuges rem vendunt communem, Cognatus alterius dimidiam modo partem retrahere potest: Metus tamen idem communionis facit, ut si emptor partem empti prædii retinere nolit, Retrahens vel totum accipere, vel totum dimittere cogatur, per ea, quæ tradit Sandius *d. lib. 3. tit. 5. def. 5.* ex *arg. l. 33. verb. omnes.* junct. *ll. seqq. & l. pen. de Ædil. Ed. l. 47. §. Curator. de Minor.* Similiter, quando duo Conjuges, quorum alter est Cognatus Venditorum, emerunt, cognati reliqui, licet pro parte consanguinei conjugis ementis nequeant, alterius tamen partem retrahere non prohibentur, ut usu venit ac judicatum est, in causa *Sara Noodt, uxoris Petri Langueer, contra Esteram Noodt uxorem Tiberii Lamberti Camp, instantia appellationis*, referente Nauta *d. 8. Jun. 1641.* Sed an hoc casu conjuges emptores, etiam

* *P. 2. C. El. 21.* liberis tantum in bonis avitis, quæ a majoribus ipsorum proveniunt, in denen Stamm-Gütern, Jus retractus concedit, ‡ in aliis non æque. Carpz. *ad d. C. def. 10. & 14.* Moller. *ibid. n. 1.* In Saxonia autem communi, etiam in non avitis bonis hoc jus ipsis largiuntur. *Vid.* Richter. *dec. 76. n. 42.* Struv. *S. J. C. Ex. 23. th. 58.* Pariter *d. Constitutio j. C. El. 32. §. f.* solis liberis, non fratribus, aut reliquis collateralibus, hanc retrahendi potestatem tribuit. Carpz. *ad eand. def. 12.* extra Electoratum autem nonnullibi eam ad Collaterales extendunt. *a.* L. R. *l. 1. art. 34. 52.* Schilt. *ad ff. Ex 30. §. 138.* Coler. *dec. 23. n. 2.* Richter. *l. 1. n. 34.* Berlich. *P. 2. Concl. 39. n. 24.* in quam sententiam resp. *Fac. Jur. Lips. Mens. Aug. 1705.*

‡ Quæ sint liberorum & simultanee investitorum in subhastationibus circa Protimisin & Retractum jura, vide *O. P. S. E. I, & E, Tit. 40. §. 3. in fine.*

petere

petere possunt, ut Retrahens sibi totum prædium relinquat, aut ipsi totum accipiant, ut in specie præcedenti? Quanquam species valde sunt similes, magis tamen est, ut heic diversa sit ratio. Nam ista facultas, rem totam retinendi, aut in eum, qui partem retrahit, transferendi datur ei, qui totum emit, & contra quem retractus exercetur. Alter vero conjux emptor, qui non est cognatus venditoris, partem ipse dumtaxat emit, ideoque non potest queri, se per retractum redigi ad partem loco totius accipiendam.

18. Quæstionem, quæ subjicitur Retractui consanguineorum, an remotior cognatus emptor a propinquiore retractum patiatur, *supra* jam occupasse videmur, hoc probato, quod jus Retractus gentilitii introductum, *ne res abeat extra familiam*, quem finem omnes agnoscunt, non habeat usum, nisi quando casus alienationis extra familiam commissus est: qui non committitur, si emptor gradu sanguinis licet remotior, sit ipse cognatus; cui accedit hæc ratio: In concursu vicinorum retrahentium, præfertur is, qui maxima ex parte vicinus est, ut ratione sanguinis, qui maxime cognatus est; Tamen si ex minori parte vicinus sit emptor, is, qui magis vicinus est, non retrahit; ut probat & judicatum refert Sandius *d. lib. 3. tit. 5. def. 9.* Ergo nec si emptor cognatus sit, alius magis cognatus habebit jus retrahendi. Cujac. *4. Feud. 14.* Wissenb *d. th. 9.* ubi & dissentientes, quos inter Struvius *Ex. 23. th. 60.* Quid de Statuto Frisiæ, *d. l. 1. tit. 12 art. 5.* dictante, retractum ratione sanguinis procedere, *quemadmodum Successio bonorum*, in qua remotior a propinquiore, licet possidens, excluditur? Sed dic, ibi tantum agi de concursu retrahentium, non de casu, quo emptor est cognatus. Verba sic habent, agi de prælatione *d. §. 5.* eorum, qui Retractum petunt, *art. præced.* De Sententia Curiæ ex testimonio Nautæ jam dictum. Recentioris hac parte decisionis Curiæ non memini. Sed in dicasteriis inferioribus, pro cognatis emptoribus sæpe judicatum, nec rescissum intelleximus, & rationes omnino prævalere videntur.

19. Secundam retrahendi causam ex *Const. Friderici*, diximus esse *Communionem*, sive, ut Imperator loquitur, *Societatem*, qua voce communionem sine conventione inter duos pluresve intercedentem intelligi, minime est insolens, ut *§. 3. Inst. de Obl. ex qu. Contr l. 19. & l. 34. de Servit. rust.* Brisson. *de V. S. in verbo Socius*; eaque extensio multo magis heic valebit, quia Retractus ad situm & ad res ipsas pertinet, non ad præviam partium conventionem. Cum autem Jus Communionis hac parte vicinitatem præcedat, non est dubium, quin etsi emptor sit vicinus, qui tamen ejusdem rei partem pro indiviso tenet, (*gras in gras* ajunt nostri, i. e. *herbam in herba*, lignum in tigno,) præferatur in jure retractus. Fuit hac de re dubitatum apud columnam consultoriam, ut loqui amat Mornacius, variaque nostratium responsa quæstionem reddiderunt ancipitem, eo maxime, quod Statutum *loco supra citato* Societatis distincte non meminerit, sed communionem sub vicinitate complectatur; At postquam Statuti verbis non excludi prærogativam communionis, obtinuimus per rationes antea deductas, non potest amplius dubitari, quin socius vicino etiam emptori præferatur, suffragante inprimis favore communionis evitandæ, ac ita semel iterumque a Curia decisum esse meminimus *inter partes pranobiles*: etsi aliter Carpzovius *Part. 2. C. 31. def. ult.*

20. Sicut ergo sub vicinia status communionis latet, ita casus dari possunt inter communionem viciniamque intermedii. Exemplum est hujusmodi: Unius ædificii duo sunt domini, partis inferioris alter, & alter superioris. Dominus partis inferioris vendidit eam Tertio; Qui superiorem habet partem, vult uti jure retractus. Si emptor sit extraneus, nihil hærendum, quin recte; ad minimum enim pro vicino habendus, ac ad retractum ea gratia admittendus est. Quod si vicinus sit emptor, quæsitum est, an dominus superioris partis emptorem vicinum depellere possit; nam si pro vicino habeatur, emptor & vicinus pariter duplici vinculo nixus præfertur. Atqui Communio in illa specie proprie non vertitur; singuli enim suas partes habent discretas & demonstrabiles, *l. 36. de S. U. P.* nec etiam, ut apparet, vicini proprie habendi sunt. Medii generis statum inter communionem & vicinitatem haud absurde illos obtinere dixeris, quia ad neutrum referri possunt. Sed tamen in causa Retractus, cum partes separari nequeant, magis est, ut hæc species referenda sit ad communionem, adeoque præferendus sit superioris ædium partis dominus emptori simpliciter vicino, ac ita consultus ante aliquot annos, casu in hac civitate extante, respondimus.

21. De Tertia causa, *Vicinitatis*, toties delibata, parum, etsi in loco jam suo, dicendum superest. Si neque sint Cognati venditoris, nec socii in re vendita, qui petunt retractum, vicini pro-

pter

pter mutuam civium ex commoditate situs utilitatem, Retractum instituere possunt, & si plures vicini concurrant, ad evitandam communionem, qui ex majori parte vicinus est, præferendus videtur, ut probat Sandius *3.5.9.* Quippe discrimen etiam modicum ad incommoda Communionis profliganda sufficere debet. Verum si minor vicinus pariter sit emptor, utriusque juris concursus fortior est, quam primitiva latitudo vicinitatis, ideoque si ex minori parte vicinus sit emptor, major vicinus ad retrahendum non admittitur, *d. def. 9.*

22. Sequitur articulus, in quibus contractibus, & rebus, locum habeat Jus retractus. Fridericus in sua Lege demonstrat Venditionem, Emphyteusin, & Locationem. Ab hac autem parte Legis Friderici, moribus ferme recessum est, nominatimque Statutis Frisiæ soli *venditioni* jus Retractus est impositum, *d. l. 1. tit. 12. art. 1.* Nec enim utile est, libertatem Contractuum, quibus dominii mutatio perpetratur, latius extendi. Cum etiam Venditio sit contractus judicii specialis, non placet in venditione hereditatis, quæ juris potius quam corporis est, admitti Retractum, ut probat & judicatum refert Sandius *d. t. 5. Def. 2.* idemque post tempora Sandii Curiæ placuit, in causa superius dicta *Friderici a Schwartzenbergh, contra Mariam ejusdem nominis, teste* Nauta *Decis. 64.*

Ob eandem rationem non fit retractus, in venditione jurium redituumque e bonis immobilibus provenientium, quia Retractus ad Corpora situmque rerum spectat, ut videre licet apud eundem Sand. *d. t. 5. Def. 3.* ubi Species quidem fuit, an reditus ex fundo a domino fundi emptore, per cognatum retrahi possit; Sed ratio præcipua petita est inde, quod res immobiles sint materia Retractus. Grotius *Introd. l. 3. c. 16. n. 16.* tradit quasi ex jure communi, quod in omni venditione Redituum ex certo prædio, Dominus fundi retractum habeat, si venditio prius ipsi oblata non fuerit: Idemque jus tribuit Debitoribus, quorum nomina venduntur aliis, *n. sequ.* Grœnewegius id probat ex *l. 22. C. Mand.* sive Constitutione Anastasii; quæ in effectu debitoribus hoc jus dare videtur; scilicet oblato eodem pretio, nomen sive æs alienum suum ut redimere possint. Dominum fundi, ex quo Reditus debetur, illi etiam ut debitorem considerant, qui emptori Reditus, eandem summam offerendo præferri possit; Non abhorret equidem ratio, nec Statuta nostra id recusare videntur, dum ajunt, Retractum habere locum in contractu venditionis, juxta tertiam proclamationem, *l. Stat. 12.* Atqui reditus annui quoque venduntur & ter proclamantur, *tit. 11. art. 6.* Sed Rubrica *tit. 12. Stat.* Retractum ad res immobiles restringit, & Retractus ad corpus & situm spectat, inquam. Magis igitur est, ut nec dominus fundi, nec vicinus, nec cognatus Reditum annuum retrahere possit, quo & Sandius inclinat, & usus fert, *d. def. 3. §. 1. & sub. fin.* Nec argumentum Anastasianæ Constitutionis ad hanc rem sufficit; cum Reditus ille sit jus in Re situm, non obligatio vel nomen, de quo in *d. l. 22.* tractatur.

Quando venditio est ipso jure nulla, Retractus, cum ad effectum aut certe ad sequelam venditionis pertineat, non procedit, utique si venditor rem, ut in irritum cedente contractu, retineat. Verum si non obstante vitio, contrahentes ad implementum contractus procedant, non fuerit emptoris justa ratio, dicere contractum non valere; quia tunc voluntate partium fit translatio possessionis, & titulo quamlibet vetito, sequi potest alienatio, a qua retractus amoveri nequit, ut rursus apud Sand. *d. tit. 5. Def. 4.* Sed plus est dubii, in causa decisionis *eodem tit. sexto*, ubi quæritur, an Emptor & Venditor, animadverso, cognatum aut vicinum parare Retractum, per contrarium consensum ab eo recedere possint, ut retrahenti rem intercipiant. Momentum rei pendet exinde, quando natum sit jus retractus, venditione consensu perfecta, an traditione impleta, nisi detur adhuc medium; Quippe Moribus gentium, nostræ nominatim, Venditiones rerum immobilium publice sunt promulgandæ, idque vel ante traditionem, vel post eam celebratur. Nostris ita placuit; Post inchoatas proclamationes, jus retractus esse natum, ideoque venditorem & emptorem dein recedendo a contractu, retrahendi suum jus intercipere non posse, *d. t. 5. def. 6.* Ex juris ratione dicendum videbatur, magis esse ut tempus traditionis spectetur: Etenim si possessio translata, resque ad alium dominum venerit, jam retractus habet suos terminos, & exerceri potest, more legibus præscripto. Non facta traditione, libertas emendi vendendi, vel *non* emendi vendendique, nusquam restringitur, nec jus tertii futurum, quale jus retrahendi esse constat, eam libertatem impedire posse videtur.

Postremo ad observationem tituli, quo res alienatur,

alienatur, pertinet casus, si emptor simulaverit, sibi esse donatum, vel legatum, cum animus esset emendi atque vendendi. Nihil quidem agitur inter ipsos contrahentes ad dominium acquirendum, sed venditor rem, & pretium emptor perdet, ut Fisco applicentur; Verum Fiscus iis, qui retrahendi jus habent, conditionem suam præstat. Hæc ita, si juramentum fuerit delatum,& emptor ac venditor perjurii sint convicti. Si absque jurejurando detecta sit fraus, emptor quidem irritus est cœpti, sed venditor invitus Retractum cognatis aut vicinis permittere cogitur, ut docet Fridericus *d. Const. vers. Ideoque illi.* Idque sine dubio servatur. Paulo ante Fridericus Imperator Retractui exemerat donationes, tam simplices, quam nuptiales, & mortis causa, Dotes, Transactiones, Permutationes, etsi hæc alioqui propius ad emptionem venditionem, quam Locatio conductio, cui Retractum tribuit, accedat. De casu dubio inter emptionem & permutationem, exemplum ad usum Retractus habuimus *in tit. de Contrab. empt. n. 6.* Inter hujusmodi casus habita est etiam hæc Quæstio: Cum pretia rerum soli, nostris diebus horribiliter decrevissent; accedit in regione *Doniawerstal*, cujus tum Prætor erat Vir Nobilissimus *Guilielmus* ab HAIKEN junior, a quo super hac specie consultus fui: Accidit, inquam, ut Paterfamilias, quo se liberaret censu & tributis agro impositis, quibus deserendo agrum, si aliunde habeant, eximere se possessores nequeunt; ut publice proponeret agrum transferendum in eum, qui non solvere maximum, sed accipere minimum vellet pretium, una cum agro. Licitatore invento, eique fundo cum pecunia addicto, (emptionem illi vocabant,) alius Retractum instituebat; Quærebatur, an competeret jus retrahendi. Respondi, non videri competere; quia non erat emptio venditio, ubi pretium erat nullum. Pecunia quippe juxta fundum, erat potius merx quam pretium. Contractus erat innominatus, do ut facias; do fundum & pecuniam, ut tu feras census & tributa. Ejusmodi conventionem non admittere Retractum, palam est.

23. Sequitur Actio & modus, secundum quem Retractus fieri debeat, qui a Friderico speciatim non est præscriptus, nisi quod ab Emptore denunciatio exigi videtur ad eos, qui jus retrahendi habeant, ut intra XXX. dies solvant pretium sine mora, quantum emptor sine fraude dederit, intra quod spatium 30. dierum si non solvatur pretium, jus πρωτιμήσεως amittitur, nisi justa causa fuerit, ut absentiæ Reip. causa, captivitatis, exilii, minoris ætatis, quibus impeditis intra quatuor menses solvere licet pretium cum usuris & expensis necessariis. Imo quibuslibet absentibus, etiam privatis ex causis, datur hoc quadrimestre laxamentum, *d. Constit.* vers. *Sin autem.* Quid igitur, si denunciatio non fiat, an 30. diebus vel 4. mensibus finietur jus Retractus? Haud ita videtur; diserte enim hoc temporis spatium denunciationi applicatur; unde si nulla denunciatio facta, sed emptio venditio privatim celebrata sit, vel publice saltem, ut est moris hodierni, *promulgata* non fuerit, jus retractus per totos triginta annos durare statuendum est, quo faciunt ea, quæ tradit Sand. *d. tit. 5. def. 5.* Nec satis sciam, an ex *dicta Friderici constitutione*, venditor aut emptor ad denunciandum iis, qui retractum habent, teneatur. Magis est, ut ad securitatem possessionis suæ, jusque Retractus aliquando peremptorie excludendum, hæc denunciandi facultas detur, non ut necessitas imponatur.

24. Paulo secus hodiernis moribus consultum est, alibi aliter ac alibi. Sic apud nos obtinet. Emptor venditionem factam tribus vicibus, in judicio & in Ecclesia, sacris peractis, promulgat, ad impetrandum Judicis consensum & præceptum. Juxta tertiam promulgationem in judicio faciendam, potest cognatus, consors, aut vicinus, profiteri suum retractum, oblato emptori pretio, cum usuris expensisque, de quibus constat, necessariis. Si quæ sint ignotæ, aut illiquidæ expensæ, potest offerre solutionem judicis arbitrio; si emptor oblatam pecuniam recuset, retrahens eam apud judicis officium deponere & obsignare debet, nisi absente forsitan emptore, nec ullo se nomine ipsius opponente, tum sufficit, oblationem factam in acta publice referri, *1. Stat. Tit. 12.* Sand. *d. t. 5. def. 1. & 5.* Post promulgationem tertiam, Retractus nullum amplius habet locum, sed dominium irrevocabiliter emptori adjicitur, ut nec in integrum restitutio propter ætatem aliamve causam recipiatur, *d. t. 12. art. 3.* ne quidem ob dolum, ut judicatum refert Nauta *Decis. 72.* Quod tamen non excludit, quo minus ob dolum, adversus emptorem in id quod interest agi queat, quia perpetua est pro bonis moribus, in pœnam doli actio, & exactio.

25. Debet autem ipse retrahens, aut alius speciali ipsius mandato, in scriptis proferendo, retractum obire, generali mandato, etsi clausulis effica-

efficacissimis munito, neutiquam sufficiente, nec etiam ratihabitione deinceps subsecuta, per *l. 24. ff. Rem rat. hab. l. ult. D. Quis ord. in bon. pos.* Sand. *d. t. 5. Def. 12.* nec oblivifcendum, duas heic notabiles tradi exceptiones: Unam ab hac regula, quod generale mandatum ad singulos actus sufficiat; Alteram, ab eo, quod ratihabitio ad principium cujusque actus retrotrahatur. Cæterum, maritus nomine uxoris Retractum instituens, nihilo magis eget mandati, quam Tutor vel Curator pupilli atque minoris: ut Curia nostra judicavit in superiore causa *Duringhii* contra *Bosbusium*, *die* XVI. *Jul. 1642.* Stricte alioqui forma lege præscripta servari debet, quatenus fieri potest, Sand. *d. tit. def. 1. in pr.*

26. Oppositione facta, quasi vel jus retractus non competat, vel rite non instituatur, partes in continenti litem contestantur. Retrahens causam sui retractus exponens, petit sibi rem adjudicari cum fructibus, eo quod intersit, &c. quæ actio non est simpliciter in personam, quia non datur ex obligatione, nec etiam in rem, quia nullum jus in re comparatum est Retrahendi, sed est actio ex lege in factum, eademque in rem scripta, quatenus contra quemlibet emptorem ac possessorem instituitur, maxime si venditio promulgata non fuerit, ut *superius* dictum, & juxta alios omnes a Gailio probatum *l. 2. def. 19. n. 6. & 7.* Si retrahens etiam postea cognoscat, rem esse minoris venditam, quam in instrumento venditionis, ad absterrendos retrahentes legitur expressum; dabitur ei condictio superflui, vel deductio, si primam modo pensionem, ut fere pretia solvuntur annua, bima, trima die, restituerit emptori. Quin si juxta retrahendi actum certæ sit probationis, tanti rem non esse venditam, plus quoque in judicio redhibere non cogitur. At si præsumptione sola fraudis offerat minus, quam promulgatum est pretii, protestans reliquum se additurum, nisi probaverit mendacium, deinde si in hac probatione defecit, non potest supplere quod expresso pretio defuerit, sed retractus in irritum cedens nullus declaratur, ut judicatum refert D. Saekma notis *MS. ad d. tit. Stat. 12. art. 7.* in causa *Alberti Petri* cum uxore, contra *Annam Johannis*, ante ferias natalitias 1612.

27. Quod si emptor quasdam conditiones cum venditore reticuerit, easque dein a retrahente petat impleri, frustra contendet ad implementum ejus, quod ab initio non fuit professus, ad quod ipse non minus tenetur, quam retrahens præcise compellitur ad offerendum, quod publicis instrumentis fuit comprehensum, ut judicatum apud Sand. *l. 3. t. 5. def. 11.* Quæsitum est, si venditor pretium infra justum valorem profiteri sedixit, reliquum sese emptori velle donatum, causa donationis expressa, an retrahens offerendo pretium a partibus in venditione declaratum, satisfaciat? Dicendum putavi, posse, ita tamen, ut simul offerat, quod ex vera, non simulata causa donatum probetur, usque ad justam rei æstimationem, boni viri arbitratu. Nec enim ut ultra valorem prætextu donationis alienæ solvat, adigi, nec a retractu tali adjectione repelli potest, ut e Frisia orientali consultus respondi, *Idibus Jul. 1688.* Alias quæsitum, an venditor se retrahenti opponere possit, hac ratione, quod solvendo non sit. Respondi, protestationem hac gratia dictari posse, & addictionem suspendi tantisper, donec retrahens caverit, aut ad cavendum se non teneri, probaverit. Nullum esse retractum, propterea quod cautio non fuisset oblata, neutiquam videri; cum ejus oblatio Statutis non injungatur, neque de jure semper sit necessaria.

Causæ oppositionis, quæ datur emptori, cujus inprimis interest, plures dantur, quæ ex superioribus colligi debent. Addendum iis, si retrahens non pro se, verum pro alio venditionem rescindere velit, cujus rei veritatem jurejurando quoque adseverare debet, per *dictam Friderici Const. vers. Idem illi.* Denique tertius, qui se potiore jure πρωτίμησιν habere contendit, facere debet eodem tertiæ promulgationis momento, ut in judicio adsit, ibique præstanda præstet eadem, quæ *superius* commemorata sunt. Conflictu inter retrahentes orto, fit etiam litis contestatio, disceptatione sententiaque ordine peragenda. Quoniam vero præcise apud tertiam promulgationem, nec alter fieri potest retractus, sequitur, eodem tempore jus hoc finiri, quod promulgationi est præstitutum: supposito, illam esse factam, sicut fieri debet, intra annum vertentem a venditione celebrata. Qua in re si emptor legi non satisfaciat, a retrahente compelli potest, velut si duabus promulgationibus factis, tertia supersedeat, vel nullam intra tempus legitimum fieri curet, Sande *d. tit. 5. def. 17.* Dubitatur, an ante tempus elapsum, a retrahente cogi possit emptor ad promulgationes faciendas copiamque retractus faciendam? Non videtur, quia nemo ante lapsum termini

termini legalis est in mora, nec emptor ob id quod alterius interest, sui juris facultati renunciare cogitur. Secus tamen a Curia Suprema judicatum esse, refert Nauta *in Decis. Mr. 97.* in causa *Sixtinæ & Idæ a Camminga, contra Lasium a Glins, 27. Oct. 1641.* Rationem addit Nauta, quod emptor habeat in arbitrio, venditionem in principio, medio, vel exitu anni promulgandi, cumque retractus sit reciprocæ præstationis, retrahentem æque ad ejusmodi arbitrium esse admittendum, maxime cum Venditor alioqui retrahentem repentina promulgatione prævenire possit. Verum hæ rationes, in thesi vix est, ut sufficiant, quia jus arbitriumque emptoris clarum, & legibus datum est; de Retrahente nihil hactenus, nec is ejusdem contractus vinculo cum emptore continetur, sed ex nova lege teudit ad rescissionem contractus, in quo ipse potius stricto jure, quam largiter habendus erat. Posse tamen justam urgendæ & exigendæ promulgationis causam dari, non est negandum, velut si emptor ante lapsum anni aliquid novi in re vendita, quod retrahenti displicet, instituat, aut re abutatur, vel partem ejus vendat, non modo prohiberi potest, sed & cogi ad promulgationes faciendas.

28. Dantur & casus, quibus retrahendi jus amittitur, qui tres omnino esse videntur, Ingratitudo, Consensus, Præscriptio. Ingratitudinis eædem species a Friderico recensentur, propter quas donationem jure Civili revocari constat. Sunt autem hæ, *si quis atroces injurias, vel manus impias, venditori vel ejus familiæ intulerit, vel substantiæ ipsius gravem jacturam molitus sit, vel ejus vitæ struxerit insidias.* Has species Imperator juri Retractus simpliciter applicat, ut eas restringere ad speciem Retractus gentilitii, lege tacente, non sit nostrum. Sed de usu harum ingratitudinis causarum nihil unquam in foro intellexi. Et quia Constitutio Friderici pro jure communi recepto, in doctrina retractus non habetur, etiamsi probabilis sit ingratitudinis pœna, ne quis pati cogatur, ut hostis suus invito se, bona, quæ ad amicos homines transire cupit, sibi vindicet, sine nova Lege vix est, ut hanc constitutionis partem usum obtinere statuamus.

Secunda Causa, est consensus retrahentis, qui juri suo procul dubio renunciare potest, tam expresse, quam tacite, patiendo tempus elabi vel promulgationes fieri, quin etiam instrumento venditionis subscribendo, aut totum perscribendo, ut videtur, *arg. l. Fidejussor. 26. de Pign. l. 2. C. Si res al. pign.* nisi diversa subscribendi causa liqueat, ut si tanquam testis subscripserit, per *l. 39. de Pign. act. l. 34. §. Lucia Titia. 2. de Leg. 2.* Sand. *d. tit. 5. def. 8.* An contrario venditoris emtorisque consensu retractus amittatur, superius tractatum est, de quo adhuc vide Struv. *ex. 23. th. 66.* Uti & ultima retractus amittendi causa, quæ est Præscriptio, satis exposita est in *superioribus.* Summa hæc est; Friderici Constitutio habet mensem, vel pro absentibus quatuor menses, post denunciationem; Nulla denunciatione facta, videntur esse anni XXX. ex jure communi: & hoc obtinere videtur, quoties nullum tempus certum in Statutis exprimitur; quam Tiraquelli sententiam cur plane absurdam vocet Gailius, *2. obs. c. 19. n. 12.* causam non video. Nostris ita sane placuit, apud Sandium *3. 5. 13. in med.* meliori jure quam vulgo, tempore non expresso, annum & diem intelligi. * Si jus hoc est commune, ut Gailius ait *d. loco*; ex moribus erit, ut *n. 14.* adfirmat, non ex jure, opinor, certo communi. Quid apud nos hac parte juris obtineat, non repetimus dictum *supra.*

Cessat adhuc jus Retractus apud nos in Venditionibus, quæ fiunt executionis causa rerum judicatarum, ** nulla quidem Lege Speciali; sed quia post ultimam addictionem nullæ fiunt proclamationes, quæ in his venditionibus præcedunt addictionem postremam. Cum enim Statutum

* Nostra quoque *C. 32. P. 2. §.* Wo aber. hoc Jus intra annum vult exerceri, quod de anno Civili, sine addiramento Saxonico, debet intelligi. *fac. Dec. El. 11.* Carpz. *P. 2. C. El. 32. def. 4.* In communi autem Saxonia in allodialibus hoc Jus anno demum Saxonico præscribi testantur Richter. *Dec. 76. n. 14. sq. j. n. 159.* Id. *Vol. 2. Cons. 243. n. 23. sq.* Berlich. *P. 1. dec. 115. n. 6. seqq. j.* Zobel. *P. 2. diff. 37.* Atque hic annus currit a tempore venditionis, non traditionis. Moller. ad *d. C. 32. n. 4.* Carpzov. *ad eand. def. 3.* Lyncker. *dec. 506.* Jus tamen retractus, quod liberis in bonis avitis, *C. El. 31. P. 2.* concedit, si modo bona avita nondum fuerint tradita, non lapsu unius anni, sed 31. ann. 6. sept. & 3. d. demum expirare, præjudicio confirmat Carpz. *ad d. C. def. 12.*

** Jus retractus liberorum in bonis avitis, in Electorali Saxonia non tantum facta subhastatione & adjudicatione, Lyncker. *dec. 964.* Philipp. *de subhast. c. 4. comm. 15. n. 6. sq.* sed etiam post traditionem rei venditæ judicialem, & resignationem dominii, deficit, *P. 2. C. El. 31.* ibique Carpz. *def. 12 & 13.*

non admittat Retractum, nisi apud tertiam proclamationem, sequitur, illam non habere facultatem, ubi nulla omnino fit promulgatio, sed addictio peremptoria, & resignatio judicialis, quo facit quod ad posit. 26. notat Thomasius.

SCHOLIUM.

Jure Electorali Saxonico statutum est, quod post resignationem judicialem non sit locus juri retractus. Carpz. P. 2. C. 31. def. 13.

Tit. VI.

De Periculo & commodo rei venditæ.

I. Translatio rerum immobilium judicialis, quo pacto fiat hodie. II. Eam ne hodie quidem requiri ad perficiendam dominii translationem. III. Ratio singularis, cur periculum rei venditæ ante traditionem emptori incumbat. IV. Non esse receptum in Foro contrarium, nec specialiter in Frisia, etsi aliter D. Wissenb. V. Casus diversi juris exceptionum. VI. Periculum ratione culpæ. VII. Quotuplici temporis spatio periculum spectetur. VIII. Quid si res ante Venditionem perierit, tota vel pro parte. IX. De commodis rerum venditarum.

ARgumentum hujus tituli, quantum ad particularem notitiam requiritur, pene consumptum est in *Part. I. pag. 321. & seqq.* Ideoque non erimus heic copiosi. Pendet hæc res a consideratione perficiendi aut implendi contractus. Equidem perfici Venditionem consensu, impleri traditione, sic satis constat: Moribus autem hodiernis accedere solet mancipatio in Jure, sive Traditio & addictio rei apud acta judicii, soluto Reip. nummo *quadragesimo*, vel ut apud nos, *quinquagesimo sexto*; Scilicet in rebus immobilibus; Nec earum alienationem dominiique translationem aliter fieri, quam si *coram Lege loci* transferantur, nisi facta sit testamento, familiæ erciscundæ judicio, pactisque antenuptialibus, tradit ex recentioribus D. Voetius *ad tit. Inst. de Emt. Vend. n. 7.* Complexus est hanc sententiam Grotius his verbis; *Immobilia, veluti domus & agri, olim in multis Hollandiæ locis pro traditis non habebantur, nisi translatio facta esset in Judicio loci, in quo sita erat res soli vendita. Translatio aliter facta, nullius momenti erat. Atque hoc jus a Carolo V.* commune *per has Provincias* factum est, Edicto *die 9. Maj. 1529. Cui instituto accessit* ab Ordinibus, ut translationes in Acta referantur, *& si venditæ vel permutatæ res sint, nummus quadragesimus Fisco solvatur, lib. 2. Introduct. c. 5. n. 17.* In Frisia tamen Edictum illud Caroli V. non est receptum; etsi observatio ab antiquo non fuit inde abhorrens. Translationes rerum immobilium ter in Ecclesiis & Judicio solenniter promulgantur, quæ promulgationes *Booden*, id est præcepta, vocantur, quibus finitis, sequitur Consensus Magistratus, qui rem *addicit* emptori, liberamque relinqui possessionem præcipit, aliisque omnibus rem interdicit, idque veteres Frisii *Verdeban*, sive *Vredeban*, hoc est Interdictum Pacis, appellabant; quod nomen quidem obsolevit; rem ipsam cur Herbajus noster *cap. 18. rer. quotid.* testetur penitus esse abolitam, cum Magistratus adhuc formula verborum haud dispari utantur, non admodum video. Quid enim aliud hæc verba sibi volunt; Consentimus *& decernimus liberam rei venditæ possessionem, aliorumque manus omnium abdicamus*, wysen aller handen af? Pro consensu, sexta & quinquagesima pretii pars solvitur, & tantundem vectigalis ob alienationem. Si quis sine tali consensu rem soli per annum possederit, is eam rem amittit, tribus partibus Fisco, quarta Indici addictis. Cui tamen Commisso quinquennii possessione præscribitur, *d. tit. 11. art. 1.* Solita quoque est Curia possessores intra quinquennium interpellatos, admittere ad compositionem, ex æquitate, causa cognita, ut pluribus exemplis probat D. Saekma in *not. MSS. ad d. art. 1.* Quin si maxime res cedat in commissum, vel etiam, si componatur, hoc tamen agitur, ut jus tertii salvum sit; adeoque proclamationes, ut Retrahentibus copia juris exequendi detur, fient, arg. ejus, quod ex *Constit. Friderici lib. 5. Feud. tit. 13.* superius probatum est; idque sæpius a Curia sic esse judicatum, idem D. Saekma testatur *d. loco.*

2. Nimis pinguem sequuntur philosophiam, qui actus illos judiciales ad Dominii translationem putant esse necessarios. * Cum enim Jure Gentium ne traditionem quidem ad dominium

* Apud nos tamen immobilium dominia non aliter, quam judiciali eorum traditione, transire, monitum est supr. *P. I. p. 121.* add. Carpz. *l. 1. Resp. 102.*

transferen-

transferendum esse necessariam, probatum sit alibi, *l. 4. Digr. c. 8. & seqq.* non est probabile, Gentes hodiernas, quæ in plerisque se propius ad simplicitatem Juris Gentium, quam Romanis visum, adhibuerunt, supra Traditionis actum, tot tantasque solennitates ad ipsam Dominii translationem putasse requirendas. Quin ipse Grœnewegius, novi juris alioquin auctor facillimus, *ad tit. Inst. de Contrab. empt.* docet, ex prooemio dictæ Constit. Carolinæ liquere, quod requisitum solennitatis judicialis tantummodo *in Creditorum gratiam* sit introductum, *ne clandestinis traditionibus jure suo frustrentur*; adeoque non ad perpetrandam Dominii translationem; quod nihil vetat actu privato Traditionis esse acquisitum, sub lege tamen amittendi rursus dominii, si reliqua Legis requisita non serventur: Atque hanc rationem apud nos valere, non est dubium. Promulgatio & addictio judicialis, tam varias & notabiles ob causas introducta est, ut ad dominii translationem perficiendam nihil opus sit adfirmare iam esse receptam. Publice enim & privatim interest, translationes immobilium rerum innotescere; *Publice*, ne quid tacita fide adjiciatur in fraudem civilium munerum; *privatim*, ob jus Gentilitium, quod Retractum appellamus, ut differit Herbajus, *d. cap. 18.*

3. Periculum ex casu fortuito sequi Dominii causam, notum, & alias dictum est ex *l. 9. C. de pignor. act.* Secundum quam regulam, simplicissimæ juris gentium rationi convenientem Venditæ rei periculum quatenus a casu pendet, Venditori, quippe adhuc Domino, incumbebit; Cui enim res alii quam domino suo periret: cui potest imputari Θεοῦ βία, vis Divina, unde casus fortuiti proficiscuntur, & quam pro se quisque patienter ferre debet? At ea regula cur heic cesset, in *tit. Inst. de Empt. Vend. n. 9.* exposuimus; Sed illa quoque seposita, non est de nihilo, quod Thomasius in Scholio *ad pos. 1. b. t.* ex supra dictis repetit, si in consideratione juris Gentium subsistas, periculum in hoc negotio ab ipsa Dominii causa pendere, nec opus exceptione esse videri. Nam per venditionem consensu factam, Dominium jure Gentium transferri, adeoque per solam conventionem, sive declarationem de jure in alium transferendo, probatum a nobis est in *Parte I pag. 119. & prolixius in lib. 4. Digress. c. 8. & seqq.* Quod igitur Juris Romani auctores ad Dominii translationem requirunt Traditionem, ultra illam hypothesin non opus est, nec debet extendi: In aliis capitibus sequi possunt juris Gentium rationem, quæ cum supponat, Dominium conventione transferri, ad alios dominii effectus nihilo plus opus est. Ferre periculum est effectus Dominii; hoc per conventionem jure naturali habet suam perfectionem, Ergo supposita conventione, per quam id agitur ut dominium transferatur, translatio periculi conventionem sequi debet. Sive igitur hac utaris ratione, sive ad exceptionem hunc casum referas, nihil est certius, quam Rei Venditæ nec dum traditæ, periculum ad emptorem pertinere, *l. 8. b. t.*

4. Quod jus non modo secundum Leges pro certo habetur, etsi dissentit Cujacius *tract. ad African.* de quo Wissenbachius *heic num. 27.* & nos *tit. Inst. de Contrab. empt. n. 9. & seqq.* Sed etiam ex crebriore sententia Pragmaticorum usuque forensi, teste Grœnewegio ad *tit. Inst. de contrab. empt.* ubi de sententia Curiæ Hollandicæ Bekmanno ad hunc *tit. obs. pract. n. 57.* dissentire quidem videtur Mornacius ad *l. 11. de Evict.* sed argumentis & exemplis parum ad rem appositis. Enimvero quod Wissenbachius noster scripsit in *d. tit. 27.* se audivisse, Curiæ Supremæ Frisiorum placuisse sententiam, quod res vendita ante traditionem pereat Venditori, nollem alii arripuissent ad probandum, in Frisia, quod ad hunc articulum, esse recessum a Jure civili; quo nihil a vero alienius. Non accidit quidem, ut exemplo rei judicatæ interfuerim: Sed ex adsiduis eorum, qui in exedris fori primas tenent, sermonibus & consiliis nunquam aliter animadverti, quam usum ita ferre, quemadmodum heic in *l. 7. 8. & 16. in l. 34. §. pen. de Contrab. empt. l. 5. §. 2. de Rescind. Vend. l. 11. de Evict.* habetur, & nos posuimus. Nominatim in hac sententia conspiratum est in frequenti consultatione quam ante aliquot annos instituit *Jariebius Fennema* Civitatis hujus Decurio, qui, cum mense Januario vendidisset prædium kalendis Maji tradendum, cujus domus & horrea mense Martio igne cælesti arserant & consumpta fuerant, Emptor ædium horreique æstimationem de pretio deducere volebat; Responsum est ab omnibus fori Primoribus, interque eos a Viro Amplissimo nostræque praxeos peritissimo Antonio KANN, Procuratore Frisiæ Generali; Non dari a pretio deductionem ex incendio ædium venditarum necdum traditarum, sed hoc damnum emptori esse infligendum. Testimonio D. Wissenbachii nihil detrahimus; Sed hoc scimus, de Curiarum De-

cisionibus non esse ex auditu judicandum; nec quidem tuto semper ab aliis, quam qui interfuerunt.

5. Non est mirum, aliquas ab hac sententia dari exceptiones, quibus omnes in jure definitiones subjectæ sunt, *l. 202. de R. J.* Duodecim exceptiones enumerat D. Voetius *ad tit. I. de Contrab. empt. §. 3. num. 2.* At si tu regulam ponas, ut debet, plerique Casus a regula sunt alieni, & per ipsam dijudicantur. Regula est; Re certa corporali, (talem esse oportet, ut periisse dicatur,) pure vendita, si ante traditionem casu fortuito pereat, damnum id emptoris esse. Non pertinet igitur ad hanc regulam casus; si res in genere sit vendita, quem primum excipit D. Voetius: etsi talis venditionis exemplum mihi nondum occurrit, nec in textibus ab illo citatis reperitur, non sane in *l. 14. §. 1. b. t.* ex qua Voetius & Struvius ad *b. tit. n. 99.* probant rei in genere venditionem. Sic ait textus: *Materia empta si furto periisset, postquam tradita esset, emptoris esse periculo, respondit.* Materia est rude lignum, trabes, ut in *fine Legis*, res in specie certa, quia furto perire dicuntur; Res in genere, contrectari qui possit? Cur ergo Paulus ait, periculum emptoris esse demum, si res tradita sit? quia furtum non fit sine culpa possessoris, *arg. §. 13. & seqq. I. de Obligat. ex del.* & de culpa Venditor tenetur, ut jam respondimus *ad d. tit. I. num. 10.* Major usus est in venditione rei unius incertæ ex pluribus certis, alternativa; tunc enim utraque pereunte, periculum quidem est emptoris, ut alias: Sed altera extincta, damnum venditoris est, *l. 34. §. 6. de Contrab. empt.* Verum & hic casus a regula, ut apparet, est remotus. Perinde habet, ac si quantitas, sive res ad pondus, numerum atque mensuram vendatur: cjus enim periculum ad emptorem non spectat, nisi post admensionem, adpensionem, vel adnumerationem, *d. l. 35. §. 5. de Contrab. empt.* Secus si id genus merces *per aversionem* vendantur, hoc est, omne quantum est, *d. l. 35. §. 5.* Rationem dicti, per *aversionem*, vide sis in *part. 2. Digress. lib. 2. c. 11.* Non est etiam exceptio, si venditio sub conditione contracta sit, quo casu periculum, ante conditionem existentem pertinet ad venditorem, *§ 3. in pr. I. l. 8. b.* Regula enim est de Venditione pure contracta. Multo minus exceptio est, si res culpa venditoris, aut post moram perierit, vel ex justa causa a tertio evicta sit. Regula enim de casibus fortuitis loquitur. Non est inutilis de his casibus admonitio; Sed ratio vult, ne casus a regula seorsim positos, cum exceptionibus a regula confundamus. Sunt tamen, quos vere exceptos casus appellare queas; si convenerit, ut venditor usque ad traditionem, rei periculum in se recipiat, sive ante sive post venditionem perfectam, *§. 3. I. d. t. vers. Sane. l. 10. b. t.* Alia est exceptio, si merx, cujus valor a gustu pendet, vendita sit ea lege, ut degustaretur, & degustata sit, eo casu substantiæ quidem periculum universæ ad emptorem, nisi ad mensuram vendatur, (qua de re diximus) qualitatis & corruptionis ad emptorem spectat, *l. 1. & l. 4. §. 1. b. t.* Est denique & hic casus exceptus, aut similis exceptioni; Si venditor dominium sibi post venditionem perfectam & rem traditam reservarit, de quo casu frequenti, & magni usus, actum est in *fine tit. de Contrab. empt.* quin & latius ille casus, quam Regula, patet; hæc enim de periculo ante traditionem concepta est; illud pactum etiam post traditionem, de casu fortuito decernit. Quod si hanc legem reservati Dominii, consideremus ut conditionalem, quomodo faciendum videri diximus in *loco præd.* non esse proprie dictam exceptionem, facile colligitur.

6. Hæc ita de periculo, respectu casus fortuiti, de quo amplius dicta non repetimus *ex Parte I. loco sæpe dicto.* Sed periculum etiam respectu CULPÆ appellatur, ut in *tit. de Administratione & periculo Tutorum*, quos ex casu fortuito non teneri, constat ex *l. 33. in pr. d. tit.* De culpa autem nihil hic novi proditum est; Regula communis dictat, cum utriusque vertatur utilitas, emptoris ac venditoris, culpæ levis præstationem heic convenire, *l. 5. §. 2. Commod.* quo referendas esse species in *l. 12. & l. 14. §. 1. b.* demonstravimus ad *Inst. n. 10.* Sed importunum est, quod Paulus ait in *l. 3. b. t.* *Custodiam Venditor talem præstare debet, quam præstant bi, quibus res commodata est, ut diligentiam præstet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet.* Verum qui respicit ad *l. 1. & 3.* præcedentes, & ad *l. 4.* sequentem, videbit agi de vino vendito metretis minoribus ut degustetur, & quod degustatum est. Eo facto emptor in se periculum qualitatis recepit, etsi venditio nec dum sit perfecta, quod demum fit per admensionem. In compensationem ejus extraordinarii periculi, venditor etiam ad extraordinariam culpæ præstationem tenetur, ut omnibus modis caveat, quantum industria potest humana, ne vinum acorem & mucorem contrahat:

hat: Adde positiones *5. 6. & 7. h. t.* De casu illo degustationis est notabile, quod Ulpianus scribit in *l. 1. §. 3. h. t.* si dies degustationi & admensioni sit dictus, nec emptor ad diem venerit, venditorem ei denunciare posse, ut veniat vinumque tollat, si cunctetur, eum posse vel effundere vinum, si intersit ejus inania esse vasa; satius tamen esse monet, si non effundat, verum in id quod interest agat, *eoque jure utendum erit*; summi quidem juris est effusio, sed ejus quod simul est summæ loco injuriæ; nec tamen casus extare non posset, quo impune liceat effundere vinum, si facta sit denunciatio, & venditor vasis nullo modo carere possit, ut Grœnewegius *ad d. l. 1. §. 3.* qui censuram Ulpiano, dictante Autumno inientat, ex Mornaeio ipse concedit. Imo licet non convenerit de tempore admetiendi, ejusmodi tamen casu necessitatis, post denunciationem, effusio emptoris damno institui posset. Denique, si emptor non venire perseveret, faciendum ait Ulpianus, quod veteres suaserunt, ut vinum per corbem effundatur, *ut appareat, quantum emptori perierit, d. l. 1. §. ult.* Quomodo autem hoc inde constet, si per corbem vinum effundatur? si enim corbes antiqui, ut nostri, ex viminibus facti fuerunt, ultro ac adsiduo perfluunt, ut inde mensura nulla colligi possit; Atqui fuisse corbes ex viminibus, Varro scribit *in lib. de re Rust.* Spicas & frumenta illis continebant, ut idem in *de lingua Lat.* & frumenta in illis cogebant ex agris, ut Ulpianus in *l. 8. de Instruct. & instrum. leg.* Vinum corbibus ablatum fuisse a militibus Gallicanis, legere memini apud Comminæum, hyeme scilicet congelatum, sed ad metiendum liquida, quid corbis? Tamen ex Catone Budæus ad *hunc §. ult.* monet, veteres id etiam factitare solitos per labrum culeare pertusum; quo solemus hodieque vinum transfundere, non metiri, quod sciam, nec eum scrupulum Budæus tollit: Res tamen loquitur, foramen labri, quod est in fundo, tantisper obturari ad colligendam vini mensuram, rursus aperiri, ut effundatur. Ergo & corbem, ni fallor, laminis aut corio intus tegere oporteret, dum repleretur, quo de mensura constaret; tegumento deinde remoto elaberetur.

7. Hoc jam per se constat, tempus, quo de periculo quæratur, labi a tempore conventionis usque ad traditionem. Ante perfectum consensu emptionem, periculum sine dubio spectare ad venditorem, ut si res vendita in rerum natura ante venditionem perfectam, esse desierit, *l. 15. in pr. de Contrah. empt.* velut in hac specie; Civis Franekeranus ante aliquot annos emerat ab alio frumenti *tantum*, quod erat in statione Dantiscana. Deinde constiterat, paulo ante venditionem heic loci contractam, frumentum tempestate oborta & nave submersa periisse apud Dantiscum. Non fuit hæsitandum, quin periculum esset venditoris, ac ita consultus, pretium ab emptore solutum repeti posse, respondi *l. 57. in pr. eod.* Quod si pars frumenti submersa fuisset, ea pars, quæ deficit, venditori sine dubio periit; quatenus superest, emptio videtur consistere, salva ejus quod interest præstatione, *d. l. 57. §. 1.* cujus circa domum pro parte exustam, hæc est distinctio; si uterque nesciverit, tum parte majori salva, consistit venditio, deducta pretii parte pro eo, quod periit, viri boni arbitratu. Si pars major absumpta sit, non compellitur emptor accipere, quod extat, *d. l. in pr.* Quid si venditor sciens rem pro parte peremptam ignoranti vendiderit? consistit venditio, *quantacunque pars ædificii remaneat.* Ergone tenebitur emptor ad emptionem perficiendam fraude venditoris inductus? Tenebitur, sed non commodo venditoris; Hic enim in id quod interest convenietur, cum, si nesciverit, tantum quanti minoris teneatur. Si emptor solus sciverit, totum pretium merito solvet, dolus reciprocus mutua compensatione tollitur, *§. 2. & sequ. d. l. 57.*

8. Sic est de tempore, quod emptionem præcedit; de eo, quod Traditionem sequitur, nulla movetur Quæstio, nisi quod in casu reservati dominii, post traditionem quoque, venditoris manet periculum, ut modo repetitum ex iis, quæ dicta sunt *ad fin. tit. de Contrah. empt.* Sed moveri potest objectio: Pactum reservati dominii facit, ut periculum penes venditorem maneat. Atqui cum fides non est habita de pretio, dominium quoque post traditionem remanet penes venditorem, idque semper, ubi secus non liquet, ita se habere intelligitur; ut in *Parte I. tit. de A. R. D.* ex *§. vendita vero. 41.* demonstratum est. Ergone toties periculum, quoties dominium fide non habita reservetur, venditoribus incumbet? Hoc regulam de periculo pene totam everteret, adeoque id alienissimum ab usu & a vero est. Quænam igitur differentiæ ratio? Diximus antea, quod expressum reservati dominii pactum, venditionem faciat conditionalem, quia contractum inire, quo partes id agunt ut dominium transferatur; eique diserte adjicere, ne *dominium transeat,*

transeat, facit, ne contractus ille perfectus videatur, quia definitio Emptionis venditionis hæc est; Conventio, qua id agitur, *ut dominium rei certo pretio in alium transferatur*, ut diximus ad *pr. Inst. de Empt. vend.* quæ definitio per hoc pactum evidenter cessat, ac efficit, ne venditio perfecta sit, nisi existente eo, quod pactum dominii reservati abolet, pretii solutione videlicet. Verum, quando nihil de reservando dominio adjectum, venditio simpliciter absoluteque celebrata est, etsi cum effectu dominium non transeat, nihil tamen vetat transire periculum, quod semper ante dominium translatum, sola contractus perfectione transire vidimus. Quid si Emptor se rem, usque dum solverit pretium, conductam habere profiteatur? Non videtur ad ipsum pertinere periculum, sed, ut in locatione conductione juris ordinarii est, ad dominum, per *l. 21. D. Locati. l. 71. & seq. de R. V.* juncto *§. pen. I. de Locat. Cond.* Sed pactum Constituti, quo Emptor se nomine domini possidere fatetur, usque dum, ut antea dictum, solverit pretium, non potest impedire, quo minus periculum transeat, quia non dominium, sed possessionem per illud reservari, pridem intelleximus, ac etiamnum *in loco* videbimus.

9. Habuimus primam Rubricæ partem de *Periculo:* sequitur altera pars, de *Commodo* rei venditæ, cujus eandem cum periculo damnoque rationem esse debere, notum est ex Regula Juris, quæ est in *l. 10. de R. J.* atque a Justiniano *in §. Cum autem. de Empt. Venditione* memoratur, *Commodum ejus esse debet, cujus & periculum est.* Unde, si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accreverit, ad emptoris commodum pertinet, *d. §. l. 7. h. t.* idemque de fructibus agrorum etsi maturis, traditur in *l. 13. §. 13. de Action. empt.* non obstante *§. 21. d. l. 13.* Idem de fœtura animalium, *§. 38. de A. R. D.* cæterisque obventionibus indubitatum est, *d. l. 13. §. 11. & 13.* Distinguenda sunt etiam tria tempora, quæ vel ante perfectionem, vel post eam ante traditionem, vel post traditionem intercesserunt. Fructus percepti ante perfectam consensu venditionem, sine dubio nihil ad emptorem, etsi adhuc extent in horreo, quin & in ipso fundo adhuc in *messe* jaceant; desierunt enim esse pars fundi, quod erat dum pendebant, *l. 44. de Rei Vindic.* Idque adeo verum est, ut nec in fructuariis aliud obtineat; spicam, quæ terra teneatur, esse domini; fructum vero percipi, spica aut fœno cæsis, uva adempta, vel excussa olea, quamvis nondum tritum frumentum, aut oleum factum, vel vindemia coacta sit; heresque fructuarii desectos fructus acquirit, ut diserte est in *l. 13. Quib. mod. ususfr. amitt.* Quid est igitur quod in *fine d. l.* Paulus Julianum citat ita docentem, *Fructuarii fructus tunc fieri, cum eos perceperit: bonæ fidei autem possessoris mox quam a solo separati sunt?* Julianus ipse loquatur in *l. 25. §. 1. de Usuris*; *Fructuarii non fiunt fructus, antequam ab eo percipiantur; Ad bonæ fidei autem possessorem pertinent, quoquo modo a solo separati fuerint.* Hinc alios secutus non dubitavi olim statuere discrimen inter perceptionem a fructuario & a bonæ fidei possessore factam; quod hic fructus statim acquirat metendo, Fructuarius non aliter quam plane colligendo: Proinde quod in *l. 13. scriptum* retulimus, in fine *Legis ejusdem* corrigi, differneram ad *Inst. de A. R. D. pag. 118. seq.* Secundum hanc distinctionem quæri potuisset, utrum venditor jure fructuarii, an bonæ fidei possessoris, uti deberet. Posterius haud dubie dicendum foret, quia venditor habet jus domini, quod est fortius quam bonæ fidei possessoris. Sed magis est, ut illa distinctione, licet tam perspicue, ut videtur, tradita, utendum non sit, nec adeo Paulus sua dicta *l. 13.* ex Juliani sententia correxisse videatur. Sit potius, diversum quod senserit illa oppositione bonæ fidei possessoris & Fructuarii: sicut ex integra lectione *d. l. 25.* comparari potest; Scil. Fructuarium aliter non acquirere fructus docet, quam si ipse per se illos a solo separaverit ac ita perceperit; at bonæ fidei possessor eos acquirit, non modo si ipse perceptione functus sit, verum etiam, si ab alio sint a solo separati perceptive; ut hæc verba, *quoquo modo a solo separati fuerint*, hunc sensum habeant, *a quocunque* percepti fuerint, ut totos attente legenti textus melius sedere poterit. Quod minus antea viderim, ubi constiterit melius, id cum auditoribus communicare meis, nunquam pœnituit, nec pigebit, opinor, unquam. Ut igitur fructus a solo recentissime separati, sunt venditoris, ita & fœtus animalium ante venditionem editi, licet adhuc lactentes, priorem dominii causam sequuntur, *l. 65. §. ult. de Legatis. 3.* E contrario si non fuerint percepti, licet maturi tempore contractus, ad emptorem pertinent fructus, *l. 13. §. 10. de Action. empt. l. 13. & l. 16. C. eod.*

Quod autem juris habeant Emptor ac Venditor, si fundum ipsi colant operamque perceptionis

nis adhibeant, idem analogice, ubi locaverint fundum, ratione pensionum & quia Conductores ipsorum nomine fundos exercent, obtinere necessum est. Actionem locati quod attinet ad petendam mercedem, hæc datur Locatori qui contraxit, *l. 13. §. 11. de Action. empt.* ubi quod pensiones etiam ei *cedere* dicuntur, qui locavit, tam in ædibus quam in agris, nisi aliter nominatim convenerit, ita videtur accipiendum, ut tamen emptori, ratione fructuum, qui post venditionem perfectam ex re vendita provenerunt, merces vel actio præstetur, ut in *§. 12. & 13.* indicatur. Proinde, si res ejusmodi sit, ut usum semper æquabilem præstet, pensio pro ratione temporis inter emptorem & venditorem dividitur, ut emptori cedat pro rata temporis, quod venditionem secutum est, & proportione temporis quod antecessit, apud venditorem remaneat: Si vero fructus rei non æquabiliter toto anno, sed tempore certo proveniat, & venditio facta sit post illud tempus, quo fructus percipiuntur, emptori nihil de pensione debetur, *arg. d.d. §§.* Plane si locatio conductio inita & finita sit post venditionem perfectam, nihil hærendum, quin pensio tota soli emptori debeatur, ut Struvius probat *ad h. t. n. 104.* Ergo quando æstate exacta fit venditio fundi, cujus traditio fit vere sequenti, emptori de mercede nihil debetur, quia fructus ante venditionem percepti sunt, secus atque in ædibus, ex quibus, ut dictum, pensio statim ab emptione facta debetur emptori: Scilicet pretio jam soluto, vel fide e præsenti habita, usuris ex mora debendis. Nam si venditio hac lege celebrata sit, ut pretium constituto tempore solvatur, eodemque tempore fiat traditio, non potest aliter, quia nec fructuum perceptio prius ad emptorem pertineat. Quo pacto apud nos adsiduo usu venit, ut res immobiles hyeme vendantur, ea lege, ut traditio Kalendis Majis fiat, eodemque tempore solvatur pretium; nec dubium, quin ab eodem tempore fructus quoque vel pensiones ab emptore percipiantur; qua de re nemini dubitare, quin ita juris sit, in mentem venit. Hæc de periculo & commodo rei venditæ, juncta alibi dictis sufficiant.

TIT. VII.

De Servis exportandis, vel si ita mancipium venierit, ut manumittatur, vel contra.

I. An actio detur ex pacto de servis exportandis, variatum a Papiniano. II. Quis sit effectus Pacti de servo manumittendo, vel Contra. III. De MONOPOLIIS.

QUia nihil in emendi vendendique Commercio frequentius Servis habebatur, pacta quædam illis propria subjici, operæ pretium visum est. Primum de servis exportandis, ne liceret eis esse in Italia, vel ne aliquo loco morarentur, *l. 1. l. 2. & l. 6. h. t.* Cujusmodi pacta vel in securitatem suam, ne servus sibi infestus noceret, vel odii & vindictæ causa, a dominis adjiciebantur, *d. l. 1. & l. 6.* Posteriore casu pactum adjectum non producere actionem, scripsit Papinianus in *L. 10. Quæstionum, & l. 7. h. t.* Ex altero, quod ad securitatem domini repertum est, aliter opinor respondisset. Hoc enim tantum voluit, ne ob pœnam vindictæ causa adjectam ageretur: Cæterum *affectionis ratione recte agetur*, inquit, in specie conventionis, ne servus pœnæ *causa expelleretur*; Si enim contra factum sit, actio dabitur; ergo etiam in casu securitatis procuratæ. Nam hoc tantum adversatus est, ne ob *pœna non irrogatæ indignationem, quæ solam duritiem continet*, actio instituatur. Postea tamen in *L. 27. Quæstionum*, unde locus est positus in *l. 6. §. 1. h. t.* mutavit sententiam acutissimi Vir ingenii, ut laudatur Papinianus in *l. 30. C. de Fideicomm.* Nobis aliquando placebat, inquit, (in *Lib. 10. Quæst.* circa eandem speciem,) non aliter ex vendito agi posse, quam si pecuniæ ratione Venditoris interesset; Cæterum Viro bono non convenire credere, venditoris interesse, quod animo sævientis satisfactum non fuisset. Hactenus rationes, quæ moverant eum in *libro* X. *Sed in contrarium me vocat*, ait, *Sabini sententia; qui utiliter agi ideo arbitratus est, quoniam hoc minoris homo venisse videatur.* Non improbat rationem antiquam, *solius Vindictæ causa non videri actionem dandam*; Sed in ejus applicatione aliquid ipsum fefellisse, fatetur; quod non cogitaverat, heic non subesse vindictam solam, concurrere damni pecuniarii rationem, quo nomine civilem actionem in id quod interest, negari non posse, manifestum erat. Igitur *lex sexta*

ta derogat Legi *septimæ*, prior sequenti, quod ne cui mirum videatur, D. Thomasio visum est occupandum ad *posit. un. h. t.*

SCHOLIUM.

Nec mirandum, quomodo lex antecedens possit retractare legem sequentem. Nam non ordo Triboniani, sed Papiniani est aspiciendus, ex cujus lib. X. Quæstionum *desumpta est* l. 7. *ex lib. vero* 27. d. l. 6. §. 1. h. t.

RESPONSIO.

Diceres, leve id esse, munituque superfluum; nisi homines clari, quos inter Bekmannus ad h. tit. n. 59. *hoc argumento negarent, sententiam Papiniani, positam in* l. 7. *mutari in* l. 6. *quo nihil evidentius esse videtur, nec id Papiniano probri causa imputandum. Est nobile candoris specimen & generosa confessio, nihil humani ab homine alienum unquam esse, credendum. Adde Wissenbach.* ad h. tit. n. 1.

N. ADDIT.

Utinam vero omnes hunc acutissimi virum ingenii, uti acumine & ingenio, ita etiam candore & generosa erroris confessione imitaremur, & non arbitraremur, gloriosum esse errata defendere cum pertinacia, aut saltem dissimulare & occultare, quod ab aliis meliora fuerimus edocti.

2. Alterum Pacti servorum venditionibus adjecti specimen, Rubrica declarat, *ut manumittatur servus.* Cui si paritum non sit, ipso jure liber fit servus, *l. 2. h. t. l. 2. & 3. C. Si mancip. ita aliena.* Idem est in fine *l. ult. h. t.* ex Constitutione D. Marci, quam an ignoraverit Scævola, qui prius responderat, non esse liberum servum, si manumissus non esset, vide Cujacium *lib. 10. obs. c. 21.* & Fabrum *4. Conject. 4.* Contrarium pactum, *ne manumittatur servus*, efficit, ut libertas contra fidem pacti data, sit ipso jure nulla, quia non placuit semel jure competentem eonditionem rescindi, *l. 5. C. d. tit.* Pactum, ne ancilla prostituatur, non servatum, parit actionem in id quod interest, ut Papinianus in *d. l. 6. in pr.* docet, idemque de similibus boni moris pactionibus existimandum, de quibus locus fuit apud *Tit. de Contrah. empt.* ubi inter illicita Pacta circa Venditiones iniri solita, non retulimus Monopolia, vel quæ de his coire solent pactiones.

3. Est autem MONOPOLII pactum, quo convenerit inter paucos, *ut species diversorum corporum negotiationis, non minoris quam inter se statuerint, venundentur*, ut est in *l. un. C. de Monopol.* quomodo Statuta quoque nostra *l. 2. tit. 5.* iisdem fere verbis loquuntur. Pœnam *Lex unica* statuit exilii, nostra *Commissi*; * at de pœna locus est alius. Huc magis pertinet, quod Imperator in *d. l. un.* Monopolia prohibet exerceri; *ne quidem ex sacro jam elicito, aut in posterum eliciendo Rescripto, aut pragmatica sanctione, vel sacra nostræ pietatis admonitione*, quemadmodum & nostra Statuta quævis alia Statuta, ordinationes & Edicta, monopoliis faventia prohibent, ac ipso jure nulla declarant. Hæc prohibitio non jam loquitur de pactionibus *supra* dictis, sed de privilegiis quibusdam pro personis, de emendis vendendisque certis mercibus; exclusis aliis. Atqui nec regnum ullum, nec Respublica reperitur, ubi id genus privilegia non sæpius indulgeantur; ne quidem in nostra Republ. ubi summa alioquin æqualitatis habetur ratio. Quid enim Societates Indiæ orientalis & occidentalis aliud sunt, quam ingentia monopolia, eum in illarum potestate sit, negotiationes præcipuarum mercium ita gubernare, *ne res minoris vendantur, quam ipsi inter se statuerint?* quod detestatur *Imper. in d. l. un.* Plane ita de moribus statuendum est, Summas potestates hujus rei arbitrium sibi reservasse, ut si quando monopolia statuerint, quæ Reipublicæ non damnosa, vel etiam utilia putent, ejusmodi privilegiis reliqui cives morem gerere debeant; nisi leges aliquæ speciales repugnent. Quemadmodum acerrime in Anglia disputatum audivimus, essetne jus Regiæ prærogativæ Monopolia concedere Societatibus mercatorum. Bene consulitur, ubi nulla ejusmodi privilegia conceduntur, nisi apud Curias causa cognita, citatisque iis quorum interest, actis publicis inserantur, ut apud nos observatur: exceptis quæ bibliopolis concedi solent monopolia librorum suis sumptibus editorum, ad tempus, & si quæ similia sint minoris momenti, & æquitatis evidentissimæ; quan-

* Jure Sax. Electorali, monopolis illicitis, denen schädlichen Vor-und Auffkauffern, constituta est pœna amissionis mercium & 20. aureor. Fl. *Ref. Grav. d. Anno 1661. tit.* von *Justitien-*Sachen. *Grav. 74.* Eademque pœna pertinet ad eos, qui lanam primi coemunt, ut eandem maximo cum lucro iterum aliis vendant, *d. gr. 74. j. Ord. Prov. d. anno 1555 rubr.* Vom schädlichen Vorkauffen. Quam tamen non aliter, quam venditione per solutionem pretii & mercium traditionem consummata, locum habere, asserit Lerger. *Elect. Jurispr. Crim. p. 69. ubi præjud.*

quam

quam sæpe quæ exigua esse videntur, talia in eventu non reperiuntur; ut de monopolio chartarum lusoriarum, a Carolo V. Fuggeris concesso, testatur Hubertus Leodius in vita Friderici Palatini. Sed hæc ad *politicas rationes* deflectunt. Adde Bekmann. *ad tit. ff. de Action. empt. obs. pract. n. 6.*

LIB. XIX.

Tit. I.

De Actionibus Empti & Venditi.

I. Quid sit actio Empti, quid Venditi. II. Uter ad implendum Contractum prior teneatur, Emptor, an Venditor. III. Argumentum actionis Venditi. IV. Empti actionem dari ad tradendum. V. Nec posse venditorem præstando id quod interest, liberari. VI. De instrumentis rei venditæ probatoriis. VII. Quænam accessiones emptori debeantur. VIII. De præstationum recte vel secus expressarum defectu.

QVæ de Emptione Venditione superiore libro exposita sunt, parum prodessent, nisi Actio, qua Venditor Emptorque se mutuo ad implendam Contractus fidem adigerent, daretur. Est igitur in hunc finem prodita duplex actio; Venditi & Empti, ut illa venditori, hæc emptori conveniat. Quanquam, ut est idem contractus Emptio Venditio, sic etiam Empti Venditi Actio conjunctim appellatur, ut in *l. 19. supra de Hered. Vend.* vel etiam quæ datur emptori, ex Vendito dicatur actio, *l. 26. & l. 66. §. pen. de Evict.* Plerumque tamen non recedimus a distinctione hujus Rubricæ. Proinde Actio Venditi est, *quæ datur Venditori adversus emptorem, ut rem accipiat, & pretium, de quo convenit, venditoris faciat, cum impensis post emptionem factis, & usuris a tempore moræ.* Actio Empti, *quæ datur Emptori pretio soluto aut oblato, contra Venditorem, ut is rem tradat, cum fructibus omnique causa, & eo quod interest, ex culpa, vel evictione.*

2. Quod quæri solet, uter ad præstandum prior teneatur, de eo Grotius emptorem, ait, solutione pretii traditionem antevertere debere, *lib. 3. Introd. c. 15. n. 8.* idem Thomasius *ad posit. 37. tit. Inst. de Empt. Vend.* emptorem regulariter solvendo pretium initium facere debere. Grœnewegius ad *d. Grotii locum*; re bene considerata, inquit, merito dici potest, sicut emptor petens rem venditam, prius venditori solvere debet pretium, *l. 13. §. 8. de Act. empt.* sic ab altera parte Venditorem, quando ab emptore pretium petit, teneri prius ad satisfaciendum contractui & rem venditam emptori tradendam, *l. 5. in fin. C. de Evict. l. 25. de Action. Empt. & ibi* Bartol. Costal. & alii, Wesenb. *parat. eod. n. 6.* Quod si fidem sibi invicem non habeant, sufficit, si emptor pretium apud officium, aut apud tertium, in quem consentiant, deponat, *l. 39. §. Si soluturus. in fin. D. Solut.* & ibi Bartol. Castrens. & alii. Gl. *in l. 17. §. 8.* verb. *retinere potest. in fin. D. de Action. empt.* Curt. *tract. Sequestr. Qu. 1. n. 12. in fin.* Hactenus Grœnewegius.

3. Quod ad usum negotii attinet, plerumque videmus, Emptorem, qui ad emendum accedit, ut rem habere possit, ad tradendum agere solere: Verum si cunctetur, Venditor agere potest, ut emptor rem, cum literis sive instrumento Venditionis, si id actum sit, accipiat, ac ipse pretium, vel primam ejus pensionem, ut res immobiles sæpe diversis pensionibus venduntur, solvat, de reliquis autem reciprocum instrumentum, vulgo *Reversale*, præstet. Hoc igitur primum est in actione venditi, ut emptor rem venditam auferat, accipiat, si non ultro, ut fere accidit, eam occupaverit. Neque vero cogitur eo fine Venditor actionis remedio experiri; Satis est, si denunciavit Emptori, ut rem auferat vel accipiat: Si emptor denunciationi non pareat, & Venditor de pretio securus sit, potest rem mobilem ad eum transmittere: Si nolit eam accipere, non male fecerit, si rem in via publica deponat emptoris periculo, *l. 12. de Peric. & Comm. rei vend.* Vel si liquida res sit, ac ipse vasis carere nequeat, effundere potest, ut de Vino intelleximus, etiam citra ejusmodi transmissionem, *ad d. tit. de peric. & Comm. ex l. 1. §. 3.* Nam ad transmittendum Venditor non tenetur, denunciatio sufficit, & post eam per Emptorem, quo minus res tradatur, stare intelligitur, ut ipse deinceps ferat periculum, *dd. ll.* Si extremo jure non putet utendum Venditor, vel

vel de pretii solutione non ita fidat, ut re prius carere velit, ad actionem veniendum, cujus tum prima, quam diximus, intentio est, ut rem accipiat emptor; Consequenter ut pretium, non simpliciter adnumeret, sed & effectum solutionis præstet, adeoque pretium vere faciat Venditoris, *l. 11. §. 2. de Action. Empt.* Præterea ex vendito agendo consequetur etiam sumptus, qui facti sunt in re distracta, tam utiles quam necessarios, *l. 13. §. Præterea.* Denique ad usuras a tempore traditionis factæ, vel ex quo per emptorem stetit, quo minus traderetur, emptorem teneri, docet æquitas, & textus in *d. l. 13. §. 20. & l. 5. C. eod. tit.* Nec illud prætereundum, quod, si emptor dolo fecerit, ut venditor rem minoris quam valebat, venderet, in id quod interest teneatur, *d. l. 13. §. 5. de Action. Empt.* Quid si res aliena sit, an emptor cogi potest, ut rem accipiat? Non cogi, verius esse mox videbimus. Hactenus Actio Venditi.

4. In actionis Empti descriptione primum est, quod detur pretio demum soluto, vel si diversis constitutum sit pensionibus, prima pensione soluta, aut oblata, ut dictum; nec cautione quidem de reliquis pensionibus, nisi ob causas valde novas, exigenda; quia pensionum terminos constituendo, fidem de pretio habuisse videtur; & quia prima pensione accepta, vix est ut damnum pati queat, siquidem pro reliquis pensionibus habet jus prælationis, ut in *libro sequente* videbimus. Extra hanc Conventionem de pensionibus diversis, Emptor non habet actionem nisi pretio toto oblato, partis oblatione non potest defungi, ut traditionem urgere queat, *d. l. 13. §. 8. & seq.* Consequenter Emptor petit, *ut res sibi tradatur.* De emptore diximus, eum non teneri simpliciter ad pretium tradendum, sed etiam ut venditoris id proprium faciat: Hoc in re tradenda vicissim requirendum videbatur, ut mutuæ fidei Contractu: Sed diversa ratio est; nam pecunia transitoriæ alienationis est, nec evictioni obnoxia. Res alienæ si vendantur, ut fit, cum a dominis agnosci & vindicari queant, sequitur, venditorem ad dominium præstandum aliter teneri non posse, quam si ipse sit dominus; si non sit, tenetur ad evictionem præstandam, *l. 11. §. 2. h. t.* Et quanquam constiterit alienam esse rem, si tamen emptor velit, ad liberam possessionem sub onere evictionis & cautionis tradendam, venditor compelli potest, *d. §. 2. l. 11.* quo jure venditor vicissim uti non potest, ut cogat emptorem scilicet, ad rem, quam constat alienam esse, accipiendam; quia suum factum non tam facile retractare, quam emptor alienum recusare potest. Quid si offerat cautionem pro evictione? Tamen non videtur cogendus emptor ad subeundam conditionem, cujus ut vitiosæ remedium inde ab initio sit quærendum; Sic etiam, si opus auctoritate, Tuldenus ad *h. t. C. n. 3.*

5. Tenetur igitur venditor ad *tradendum, d. l. 11. §. 2.* cujus rei necessitatem nullo modo evitare potest, ne quidem duplo præstito, proinde nec eo quod interest, qua de re dum copiose dictum est ad *tit. I. de Empt. Vendit. n. 4.* & Vinnio *ad d. tit.* ut heic de re tralatitia plura fundere verba, non nisi abundans videri posset. Duntaxat huic rei paulisper oportet advertamus animum, quod dissentientes, qui venditorem, si rem ipsam præstare nolit, ad traditionem teneri negant, eumque liberare se posse volunt præstando id quod interest, magis videri volunt, hanc esse controversiam ab usu civili remotam, eo quod incredibile sit, quenquam extiturum, qui loco rei venditæ id quod interest solvere malit; quoniam id quod interest, etiam in emptione venditione verum rei pretium *immaniter* excedere possit; etsi tamen iidem velint, si is casus existat, id quod interest secundum regulam *l. un. C. Quæ sent. q. pro eo quod int. prof.* ex qua id quod interest non potest excedere duplum, esse gubernandum. Nihil sane dignius est Jurisconsulto, quam in examinandis Juris Quæstionibus, ad usum, quem in Societate communi unaquæque habere possit, attendere. Quod si facerent, qui ad hanc opinionem adstruendam e quarundam legum verbis argutantur, nunquam ad rem ab omni judicio civili remotam studium admovissent. Suave est, quod nonnulli, quos τὸ ὀρθῶσαι γνώμαν ὀδυνᾶ, quibus sententiam mutasse videri nefas est, nullius usus esse controversiam, videri volunt; sed contrarium satis arguunt tot Pragmatici & Decisionum Scriptores, qui docent, ac ita in Foro servari testantur; Venditorem præcise ad traditionem rei venditæ, si tradendi habeat facultatem, teneri, quos enumerat Grœnewegius ad *l. 4. C. h. t.* Verum est, venditorem non facile traditionem recusaturum, si plus vero pretio ob id quod interest, solvendum intelligat. Sed non minus est verum, infinitas fieri emptiones ex animi libidine, voluptatis & curiositatis causa, in quibus nihil damni illatum, nihil lucri interceptum, adeoque nihil τοῦ quod interest, demonstrari queat. In his igitur omnibus quotidiani

quotidiani usus venditionibus, non tantum impune, sed etiam juridicum erit, *fidem rumpere*, quod in *l. 10. C. h. t.* facere dicuntur, qui rem ipsam tradere nolunt. Ita ex hac sententia dicendum foret, ἀλόγως & παρανόμως. Ad textus, qui dicunt, Venditorem, si res non tradatur, in id quod interest teneri, nihil liquidius est respondere, quam quod Grotius *d. lib. 3. c. 15. n. 26. & seqq.* Emptorem habere optionem, utrum urgere velit traditionem, an id quod interest petere. Priore casu potest Venditorem captis pignoribus, aut custodia personali, usque dum tradat, compellere, quæ sunt remedia contra omnes contumaces, ut multa auctoritate judicatoque Supremi Hollandiæ Senatus, confirmat Grœneweg. ad d. Grotii locum.

6. Nec vero simpliciter ad tradendum, sed etiam ad vacuam & liberam possessionem tradendam, tenetur Venditor, *l. 2. §. 1. & l. 3. in pr. h. t.* Vacua possessio dicitur, quam nemo alius civiliter aut naturaliter possidet; & libera, in quam alius non habet evictionis causam. An sub vacua possessione fructus contineantur, videsis D. Wissenb. *tb. 8.* Priore casu datur actio ad evacuandam possessionem, & in id quod interest, *dd. ll.* Altero, cavere debet Venditor, se periculum evictionis nomine præstiturum, *l. 24. C. d. Evict.* Sand. *lib. 3. tit. 4. def. 9.* Si vero deinde res evicta fuerit, quomodo procedendum sit, *ad tit. de Evictione* videbimus. De vitiis rerum venditarum, locus erit agendi in *tit. de Ædilitio Edicto.* Hoc in Empti actione comprehenditur, ut Venditor probationes subministret, & instrumenta fundi, ut & fines agrorum, si dubii sint, ostendat, *l. 48. de Action. Empt.* Grot. *lib. 3. Introd. c. 15. n. 14.* ad quem locum notat Grœnewegius, emptorem probatione defunctum, instrumenta venditori reddere debere, quod est verum de instrumentis principaliter de aliis rebus conceptis, obiterque de re vendita agentibus, qualia sunt quæ in *d. l. 48. & l. 52. h. t.* ostendi & exhiberi dicuntur. Ipsius rei venditæ antiqua instrumenta cur reddere debeat, nulla causa esse videtur, nec adeo fit, ut restituantur; plerumque traduntur emptori, ut apud eum remaneant; nisi causam venditor specialem habeat in contrarium.

7. Inprimis in Empti actione continetur, ut Venditor rem tradat, cum fructibus cæterisque commodis, quæ diximus *ad tit. de peric. & comm.* cumque suis accessionibus, non modo quæ adfixa sunt rebus soli, *eerd-, band-, spyker-en nagelvast*, ut habet formula nostratium; Sed etiam quæ separata, perpetui usus causa sunt apud rem venditam, usus scilicet ad rem ipsam immediate spectantis, non quæ emptori ad finem & usum rei commodum necessaria sunt; in ædibus seræ pensiles, claves, claustra, scalæ mobiles, si quo aliter adscendi nequeat, sunt ejus generis, ut ad usum rei immediatum spectent. Instrumenta, quibus paterfamilias in habitando carere nequit, & supellectilis potius sunt, ad ædes nihilo magis pertinent, quam ad fundum venditum, instrumenta agriculturæ, *l. 13. §. ult. & ll. seqq. l. 17. in pr. §. 7. 8. & seqq. h. t.* etsi consuetudines & Statuta populorum sæpe latius patent, quo refero quod Mornacius ad *l. 13. §. ult.* ex sententia Baldi, arce vendita deberi & tormenta, machinasque defendendi causa paratas, imo etiam libros & ornamenta sacelli, quod in arce reperitur; etsi D. Wissenbachius hoc quasi-Juris doctrinæ adscribat, ad *d. l. 13. d. ult.* quod si verum sit, næ illa consequentia longe lateque se extendat. Tunc etiam pisces, qui sunt in piscina, & pulli cæteraque animalia, quæ in fundo sunt, cum fructibus perceptis procul dubio emptorem fundi sequerentur, quod negatur in *l. 15. & seqq. h.* etsi pisces, qui in stagnis sive lacubus, & vivariis habentur, emptori cedere videntur. Proinde piscina in *d. l. 15.* erit receptaculum, quo aliquantisper vivi pisces in usum futurum continentur, nostratibus *een houwer*, ut Grœnewegius *ad d. l. 15.* Vino vendito, an vasa debeantur, quæritur? Responsio est, deberi vasa, in quæ vinum solet diffundi, ut vendatur, *arg. d. l. 17. in pr.* juncta *l. 6. & l. 15. de Trit. vin. ol. leg.* Dolia vero majora non debentur, *l. 1. §. 3. de Peric. & Comm. rei vend.* Ad hæc Thomasius:

SCHOLIUM.

Ex his quidem textibus sententiam suam, quam fovet Posit. seq. *quod minores metretæ venditioni vini non accedant, vix probavit Autor; cum* dd. ll. *satis perspicue, ut puto, indicent, vino legato metretas minores deberi, quia scilicet præsumendum, testatorem voluisse, ut vasa minora legato accedant, secus ac dolia. Adde* L. 3. §. eod. l. 3. §. fin. de pen. leg.

Positio sequens, quam indicat Thomasius, est hæc;

Intellige talia, quæ ob magnitudinem vix loco moveri possunt, & quæ habentur, ut in cellis perpetuo maneant. Minores quoque metretæ, quibus pro arbitrio quisque emit vinum, non

accedunt, verum reddi, aut solvi debent. Ergo sola vasa, in quibus vinum a venditoribus ordinario contineri atque dimitti solet, accessionis loco sunt, velut in Gallico vino *capita boum* ita dicta, & hoc jure utimur. Hoc firmat Thomasius.

SCHOLIUM.

Arg. d. l. 1. de peric. & comm. rei vend. *Non obstant, quæ modo notavi* ad n. 3. *Alegatis enim ad emptionem, h. e. ab ultimis voluntatibus ad contractus inter vivos, N. V. C.*

RESPONSIO.

In summa igitur nihil discrepantiæ. Doctrinam a nobis traditam Proculus in d. l. 6. juncta l. 15. de Trit. vin. ol. leg. *tam respectu Venditionis, quam legati, complexus est. Dolia sunt vasa, in quæ vinum ea mente conjicitur, ut ex his in vasa minora diffundatur, vel solum vendatur, & hæc dolia non debentur, etsi vinum cum vasis legatum sit; vino autem simpliciter legato, quod in vasis est, debetur, ipsa vasa non dicuntur deberi, nisi* cum vasis *legatum sit vinum. Ejusmodi tamen vasa, in quibus vinum inde ab initio,* ut vendatur, *solet transfundi, custodiri, transmitti, non videntur non posse venditum vinum sequi. Moribus id evidenter observatur, a dictis autem textibus non tam est alienum, quam in iis non expressum.*

N. ADDIT.

Scilicet non erat dissensus inter nos de thesi ipsa, sed de modo probandi. Sed & iste nunc cessabit, postquam Autor hic ostendit, Proculum in d. l. 15. *etiam loqui de venditione, quod tum prætervideram.*

8. Quicquid præterea ex natura Contractus, doli culpæve nomine, de quo *superius & ad Instit.* actum, Venditor præstare debet, id in hanc actionem venit, & si quid præter ac supra naturam contractus inter partes convenerit, * *l. 11. §. 1. h. t.* sub hac regula; quod dubia conventionum adversus eum, qui legem clarius dicere potuit, sint explicanda, *l. 39. de Pactis.* Non pauca, præter ea, quæ ad Institutiones habuimus, ad hoc caput referri poterant, nisi Tituli sequentes libro XXII. qui sunt de Ædilitio Edicto, (ubi de Reticentia, de dicto promissove,) & de Evictionibus, hujus Rubricæ materiam sibi magna parte vindicarent. Adde quæ de usu pragmatico hujus actionis, diximus in *parte I. lib. 2. Jurispr. Hod. cap. 7.*

Postremo hanc observationem addemus: Sæpissime venditores inserunt conditionibus, domum aut fundum ad annos *tot* esse locatum tali annua mercede. Accidit, ut calamitate fortuita conductor illos annos exigere & mercedem solvere nequeat, an Venditor eo nomine tenetur? Certum est, eum ad aliud non teneri, quam prædium vere ad annos *tot* esse locatum, quia nec aliud promisit. Addere tamen hoc placuit, quia vidimus, in peristyliis fori ad columnam Consultoriam secus esse visum in ea facti specie, quam retulimus *ad. tit. de Peric. & comm. rei vend. n. 4.* qua Venditor qui pretium integrum, domo licet combusta, adeptus erat, judicatus est teneri ex eo, quod dictum esset in Venditione, prædium esse gravatum *tot* annorum Locatione, pro tali mercede, nec conductor incendio inops ea lege stare posset: Pacta; sic illi; dare legem contractibus, & similia. Male mehercle, ut vox *gravatum* quoque docebat. Victus tamen est Venditor auctoritate respondentium, ut eam partem præstaret emptori ejus quod interesset.

TIT. II.

Locati Conducti.

I. Remissio ad Partem primam, & quid actio Conducti. II. Conductorem posse relocare, etiam qui factum conduxit. III. Dari & heredibus hanc actionem, & posse conductionem esse perpetuam, ejusque differentia ab usufr. & emphyt. singularis. IV. An secundus Conductor habeat actionem contra primum Locatorem. V. Locatorem teneri ad usum rei ipsius præstandum, nisi conductor agere malit in id quod interest. VI. Idque omni tempore Conductionis, etsi res alienetur. VII. De repetitione impensarum.

* Non tamen valet pactum inter emptorem & venditorem, quo venditor promittit, se fundum emptori liberum ab omni præstatione Steurarum, Censuum, aliorumque onerum Magistratibus debitorum, velle tradere, *Dec. El. 65.* adeo ut ab emptore, tanquam possessore, nihilominus eæ, & præteriti quoque temporis, exigi possint, licet, quo minus ab aliis oneribus & præstationibus, facto antecessorum prædio impositis, id liberet, nihil impediat. Philipp. *ad. d. Dec. Obs. 1.*

Minus

Minus operose Locationem Conductionem, quam Emptionem Venditionem, prosecuti sunt Digestores, una Rubrica tam actionem quam universam Contractus, unde nascitur actio, præstationem complexi. In parte priore Definitionem ejusque exegesin, tum convenientias & discrepantias hujus Contractus ab emptione venditione executi sumus, ut & modos, quibus Locatio finitur, denique de Emphytevsi & differentiis ejus a Locatione Conductione, plena manu egimus, cum *in eodem titulo*, tum *in tit. D. Si ager vectig. pet.* Locus de Actione Locati & Conducti, obiter ad Instit. transmissus, heic denno excutiendus erit, initio a Conducti actione faciendo. Datur hæc autem *Conductori vel ejus heredi, adversus Locatorem, ejusve heredem, ut usum rei locatæ præstet, impensas a se factas restituat, & quicquid interest sua, ex lege contractus & bona fide.* Videamus singula verba.

2. CONDUCTORI, tam primo quam secundo; Nam conductor alii rursus locare potest, & locator non modo præstare debet, ut conductor habitare, sed & domum aliis locare possit, *l. 60. h. t.* etiam pluris quam ipse conduxit, *l. 7. & 8. h.* modo conductor operam det, ne domini conditio relocando deterior fiat, *l. 6. C. Locati.* nisi *aliud convenerit*, additur; quod certissimo argumento est, si nihil sit dictum, non requiri domini consensum: nisi lege municipali secus fit cautum, ut neo aliter id quam domino consentiente liceat, quod in ædibus non sine summa ratione, plerisque Hollandiæ civitatibus placuisse, testatur Grotius in *lib. 3. Introd. c. 19. n. 27.* Sed in locatione operarum, negat idem habere locum, ut alium substituere liceat, idque Grœnewegius ad *d. locum* probat ex *l. 31. de Solut.* quæ diserte tradit, non esse locum substitutioni, *si hoc specialiter actum sit*, ut conductor *suis operis id perficiat.* Proinde si nihil convenerit, nec intersit, inquam, Domini, statuendum est, in conductione operis faciendi esse omnino locum substitutioni, quod clare probat *lex 48. in pr. h. t.* ubi conductor operis id locavit faciendum, & est locati actio, eoque nihil est usitatius, quam ut Artifices magnarii opera publica privataque conducant, eaque rursus aliis locent. Sed Grotius *de conductione certæ personæ ad ministerium* sentire videtur, non conductione operis, ut Groenewegius accepit; sic enim ait; *doch dit en heeft geen plaets in huir van dienst:* quod est verissimum, quia tum certæ personæ industria fuit electa.

3. Vel ejus HEREDI, tam primi rursus, quam secundi conductoris; Quia locationem morte non finiri, satis constat, * *§. ult. Inst. h. t.* tam si *perpetua* sit locatio, quam si ad tempus, illo temporis spatio non finito, *l. 10. C. h. t.* Potest enim esse perpetua locatio, *d. l. 10. & l. 1. §. 16. de Exercit. act.* Quod miror negare Grotium *d. cap. 19. n. 17.* si ex ratione Juris Civilis ita locutus est. Nam quod Groenewegius ad *d. loc. n. 16.* a Curia Hollandica judicatum refert, non posse res soli ultra decennium locari, nisi apud Acta Judicii, proprium Jus est: Apud nos, ubi jus civile viget, sæpe ad ter septem annos & amplius fundi locantur, etsi tunc fere proprietas ædium rusticarum simul transferatur, & jus aliquod in re nascatur, per *l. 1. §. 3. de Superfi.* Sed Grotius, quod si, inquit, Locatio conductio in perpetuum contraheretur, fieret Ususfructus, aut aliud quid. Imo ab usufructu satis abest perpetua Locatio. Nam Ususfructus non recipit mercedem, Locatio perpetua non requirit cautionem, quæ in usufructu est necessaria, Ususfructus non transit ad heredem. Nec quidem fit emphytevsis locatio perpetua; quia locatio perpetua nullum transfert periculum, ut Emphytevsis, & potest in alium impune transferri sine laudemio, quod vocant Doctores, & jure προτιμήσεως: Conductor etiam perpetuus id impune facere potest, *d. l. 6.* juncta *l. 10. C. h.* Qua occasione ponendum, quod sæpe quæsitum est. Colonus emit domum, fundo ad habitandum cum horreis & stabulis impositam, agrosque ad longum tempus conducit, atque promittit, se quoties suum jus in alium transtulerit, Donativum domino soluturum. Colonus fundum una cum domo locat alii ad aliquot annos, ipse retinens proprietatem Domus, sive Superficiem; Dominus ait, donativum esse commissum, idque petit. Colonus; se non transtulisse suum jus, quod est non modo conductionis, sed etiam in Re, quale Superficies; Et nostrates id etiam nomine distinctum a Locatione Conductione

* Jure Saxonum Communi, nonnulli locationem finiri morte locatoris, existimant *a. LR. l. 3. art. 77.* vid. Coler. *P. 1. dec. 8. n. 12.* sed *P. 2. C. El. 37.* hunc textum ad locatorem refert, qui personale tantum Jus, e. g. ususfructus in re locata habuit, unde etiam apud nos locatoris heredes stare tenentur a defuncto initæ locationi, Moller. *ad d. C. n. 2.* Carpz. *ib. def. 1.* non tamen uxoris heredes locationi, quam maritus fecit, Carpz. *l. c. def. 2.*

ctione

ctione separant, dum vocant Jus Colonarium, quo domus emitur & agri ad longum tempus conducti habentur, *Af koop*. Varie tamen hac de re judicatum. Pro donativo & contra colonum, judicatum est in causa *Valerii ab Heerma, contra Hauke Douwes, d. 8. Jun. 1640*. Pro colono & contra Donativum, judicavit Curia in *causa Ulbe Hilles Impt., contra NN. die 11. Jul. 1641*. Contra Colonum & pro donativo, tertium in causa *Feike Ybes Impt., contra Yge Meijes Algera, d. 20. Decembris 1641*. referente has decisiones Nauta. Mea memoria quartum, sine ulla contradictione, pro Colono & contra donativum, placuit in causa *Dominici a Walta, contra Arnoldum a Lelijenberg, ante ferias Paschales 1681*. in qua specie nihil fuit aliud, quam in quaestione modo constituta. Duobus illis contrariis judicati exemplis, ait Nauta, visum fuisse Curiae id genus translationes ad fraudem Domini & Contractus pertinere; Quid peculiare in illis causarum speciebus fuerit, nos latet. Non potest negari, quin jus illud Colonarium cum jure superficiei conjunctum, sit diversum a simplici sublocatione agrorum, ut *inferius* adhuc, forte pressius explicandi dabitur occasio. Nec mirandum, in eodem causae genere sic fuisse variatum. *Curiarum sententias non esse omnium horarum & temporum, vetus dictum est, & eorum, qui judicio non interfuerunt, incerta solet esse conjectura de vero motu judicantium, quos saepissime aliud ad judicandum movet, vel ex personis, vel ex facti specie, quam propositum agitatumque fuit a causarum Patronis*, ait Sandius in *Praefat. Decis.*

4. *Adversus* LOCATOREM, rursus tam primum quam secundum, per *d. l. 48. in pr. & l. 60. h. t.* Sed an secundus Conductor agere potest adversus primum Locatorem, quicum non contraxit? Si dicas, non posse, quia ex contractu actio non detur inter alios, quam qui contraxerunt, vim secundae Locationis resolves, quia conductor primus non potest secundo usum rei praestare liberum, & rem curare fartam tectam. Quidni igitur secundus Conductor etiam adversus primum Locatorem agat, tanquam jure conductionis sibi a primo conductore cesso, & ad circuitum evitandum, quo alioqui secundus conductor suum Locatorem prius, & hic rursus suum conveniret, necesse foret; quod saepe difficile factu est, quia plerunque Sublocatores alio migrant? Dari & *adversus* HEREDEM Locatoris hanc actionem, palam est, nisi quod Locatio *quoad dominus vellet*, omni momento, sicut precarium revocari possit, & morte per se finita intelligatur, *l. 4. h.* Quin & operarum conductor adversus heredem locatoris, agere potest ad mercedem, etsi heres illius opera non sit usus; modo ille mercedem ab alio non acceperit, ut notabiliter scriptum est in *l. 19. pen. h. t.* cui rei tamen in famulis, quibus utimur, alius modus passim legibus aut moribus est praescriptus. Proprie equidem secundo conductori adversus secundum Locatorem & vice versa datur actio, *d. l. 48. in pr.* sed utiliter adversus primum porrigenda videtur, ut de omnibus, in quos actio sine mandato translata est, receptum videmus, *l. 16. de Pactis. l. 7. C. de Hered. vel act. vend. l. 18. C. de Legat. l. 33. C. de Donat. l. 2. C. de O. & A.* idque eodem modo in locatione conductione, ni fallor, ordinarium est observare; Sic tamen, ut secundus conductor tunc etiam sustinere debeat exceptiones, quas primus conductor ex proprietate contractus pati debuisset, *arg. l. 3. §. 1. de pignor.*

5. *Ut praestet* USUM REI *Locatae*. Sic enim ait *Ulpianus: Si quis domum vel fundum locaverit, teneri eum ex conducto ei qui conduxit, ut ei praestetur frui quod conduxit, licere.* Verum si domus aliena reperta sit, verusque dominus conductorem pati nolit, tum locator bonae fidei aliam habitationem, non minus commodam praestando, defungi potest, *l. 9. in pr. h.* quemadmodum Conductor etiam, si fundus a Locatore sit alienatus, *cogi non potest, ut fundum colat*, ad quod, si fundus non fuisset alienatus, cogi potuisset, *l. 32. h. t.* Quod igitur dici solet, Locatorem teneri ad usum rei praestandum, vel in id quod interest, ut Grotius *d. cap. 9. n. 47.* non ita explicandum est, quasi Locator teneatur ad usum rei, vel, *si nolit*, ad id quod interest praestandum: Verum ut de emptione venditione probatum est, Locatorem teneri ad fidem contractus implendam, id est, ut conductor habeat facultatem re locata utendi; si nolit, conveniri potest, & condemnabitur ad praestandum quod promisit, cum eo quod interest ex mora, vel si id amplius fieri nequeat, aut conductori non sit commodum ad usum rei contendere, ut in *l. 24. §. 4. h.* damnabitur, ut id quod interest solvat, *l. 7. & 8. h. t.* Qua tamen praestatione, si res praestari queat, liberare se non potest: sed tum demum, quando non est ipsi in potestate rem ipsam praestare conductori, *d. l. 9. in pr. l. 15. in pr. h. t.* In locatione factorum, de qua plusculum dubitari posset, non est alia juris ratio, ut inculcatur

tur in *l. 11. §. 3. h.* etsi paulo secus administretur. Qui conduxit opus faciendum, si a Locatore non adhibeatur, petere potest, ut hoc opus sibi faciendum detur, aut merces dicta solvatur; quam si Locator sine opera conductoris solvere velit, fiat, conductor non habet, quo cogat eum ad opus sibi imponendum: Quod si Locator aliud opus, quam alter conduxerat, obtrudere velit, non cogitur id suscipere, nec aliter, quam soluta mercede pro facto, quod conductor recepit, liberabitur, *arg. dd. ll. & l. 31. de solut.* Quin etsi quis ministerium suum pro certo tempore addixerit alteri, & hic nolit ejus uti ministerio, si per conductorem non steterit, ille totius temporis mercedem petere potest, *l. 38. in pr. h. t.* ubi in §. 1. id hactenus ad Advocatos extenditur, ut hi non teneantur ad honoraria, quæ acceperint, restituenda, si per eos non steterit, quo minus patrocinium præstarent. In petendo idem jus habere non videntur, quia non est Locatio conductio, qua illi clientes suos habent devinctos. Hæc ita, nisi Lege aliter sit cautum, quemadmodum apud nos, qui famulum famulamve conduxit, si nolit eum recipere, solvendo mercedem pro rata sex septimanarum defungi potest, *Edicto Ordd. Frif. d. 24. Mart. 1671.* Plane qui nulla mercede constituta, non tam locavit, quam condixit alicujus ministerium, quia non tam contraxit, quam contrahere cœpit, vel non nisi e contractu innominato tenetur, pœnitere potest, habetque in potestate, velitne obligare se, an abstinere, *arg. l. 30. de Reb. cred.* quo casu tamen in id quod interest, si alter ex ejusmodi pacto damnum sit passus, tenebitur, Gothofred. *ad l. 30.* & hoc est, quod similitudine Locationis Conductionis imponit vulgo, ut in hoc ipso contractu talem valere putent licentiam, quo nihil a contractu bonæ fidei, & stabilis commercii, est alienius.

6. Cæterum, si ab initio anni Locator rem non præstiterit, Conductor eam deinde recipere non cogitur, nec quicquam solvere mercedis, *d. l. 60. & pr.* idem est, si rem ad plures annos locatam, priore anno non præstiterit, eamque deinde conductori obtrudere velit, *d. l. 24. §. 4. h. t.* Eodem modo si primo usum rei præstiterit, dein ante finitam conductionem ademerit, vel rem locatam vendiderit, aliove titulo in alium transtulerit, & novus dominus conductorem expulerit, huic in suum locatorem actio datur, *l. 25. §. 1. l. 32. h. t.* Nam contra novum dominum, cum quo non contraxit, nulla datur actio vel exceptio conductori; sed locatoris fuit pacisci ab eo, cui rem cedebat, ut conductione staret, *dd. ll.* Quid si dominus ipse conductorem expellere velit, an hic se tueri potest quasi per interdictum in possessione? Interdictum quidem nullum colono adversus dominum datur, quia non possidet, sed est tantum in possessione, *§. 5. Inst. de Interd.* sed tamen si contra fidem contractus manifestam, dominus vim faciat conductori, quo minus hic officium judicis imploret, nihil obstare potest, per *l. 5. C. de O. & A.* Menoch. *de retin. poss. remed. ult. n. 18.* Verum si Locator finitam esse locationem contendat, conductor neget, nec res liquida sit, hunc cedere oportet; Dominus, vel hujus nomine secundus Conductor, omnino præferendus, salva huic actione conducti. Nec enim conductor, qui non possidet, *d. §. 5.* jure possessionis uti, sed tantum e contractu se tueri potest, per *d. §. 5. & d. l. 3. §. 3. Uti possid.* Ac ita de facto consultus, respondi *d. 25. April. 1688.*

7. IMPENSAS *a se factas restituat.* Paulus; *In conducto fundo si Conductor opera sua aliquid necessario vel utiliter auxerit, vel ædificaverit, vel instituerit, eum id non convenisset, ad recipienda ea, quæ impendit, ex conducto cum domino fundi experiri potest, l. 55. §. 1.* Repeti possunt impensæ utiles & necessariæ. Verba, *cum id non convenisset*, habentne vim restringendi, an ampliandi? hoc est, si convenerit, habetne tunc plus, an minus juris Conductor? Dic minus, nisi hoc actum sit, ut impensæ redderentur; Proinde, si Conductor fecerit utiles impensas, cum ex conventione obligatus esset ad illas faciendas, repetere non potest id, de quo, si non fecisset, conveniri potuisset, eaque non obscura mens est Pauli in hoc *§. 1.* si *convenisset* de impensis faciendis in Lege conductionis, minime fore, ut repeti potuissent. Eoque facit hoc exemplum; Ordines *Frisiæ* locaverant *Jacobo Simonis* cum sociis, agros Biltanos recens a mari destitutos, hac lege, ut aggerem, vias, fossas, pontes, portasque facerent atque præstarent, contractu celebrato anno 1599. Finita locatione, quæ fuerat longissimi temporis, Coloni repetebant impensas ad perpetuam agrorum causam & emendationem pertinentes. Opponebant Ordines, illos fuisse obligatos ad id, quod fecerant, nec ideo posse repetere. Coloni replicabant, se fuisse pollicitos, ut illa facerent, fieri curarent, & facta sustentarent, non etiam, ne impensas repeterent: sed judicatum est a Curia, locationem Conductionem ad longissimum

mum tempus initam, sub expressa conditione faciendi certas impensas, obligare conductorem ad illas sine repetitione faciendas, nec posse agi, inquam, de eo, de quo non facto conductores in id quod interesset, obligati fuissent. Ita decisum, referente Nauta *Decis. MS. 53. anno 1638.* Idem juris est in impensis, quæ ex natura contractus fieri debuerunt, si per illas fundus melior sit factus; quando Colonus diligenter exercendo agros, detergendo fossas, distribuendo lutum per agrum, stercorando, aliisque agriculturæ officiis tempestive obeundis, fundum reliquit meliorem quam initio conductionis fuerat, non potest ejusmodi impensas repetere, sine quibus agrum suo commodo colere non poterat, & quæ præterea non faciebant meliorationem perpetuam, ut judicatum est in causa *Johannis Benedicti, contra Kemponem a Donia*, teste Nauta, *d. 27. Februar. 1644.* Hoc porro observandum; Quando repetitio datur, non posse conductorem petere, quando fundus est melior, *sed quantum impendit, d. l. 55. §. 1.* idque per actionem, vel opposita doli mali exceptione, vel per retentionem, ut Scævola docet *l. 61. h. t.* vel si impensa meliorationem superet, tum quanto melior est fundus, consequetur, quemadmodum de bonæ fidei possessoribus alias dictum est, ex *l. 38. de R. V. l. 29. §. 2. de Pignor. l. 58. de Legat. 1.* ita ut semper Domino fundi consulatur, non sine gravi ratione, quatenus impensarum taxationibus, domini fundis suis alioquin, ut sæpe factum vidimus, evolverentur. Tu vide Sandium *lib. 3. tit. 15. def. 4.* Quare si colonus plantaverit, finita locatione non consequitur æstimationem præsentem, sed impensas plantationis duntaxat: Quod secus esse in arboribus, quarum *(jam plantatarum scilicet)* ipse colonus initio locationis dominus fuerat, docet ratio, & Sandius *d. lib. 3. tit. 6. def. 8.*

SCHOLIUM.

Limitatio hæc, uti paululum obscura, ita nescio, an sensum Sandii recte exprimat, cujus hæc sunt verba: Sane si Colonus, (ut sæpe fit in Frisia,) a domino fundi emerit domum rusticam vel superficiem, una cum pomario & omni plantatione, tunc quia arborum tempore emptionis existentium, dominus est colonus, ejus quoque commodo & incommodo ex crescunt, & ideo finita locatione, ut domus, ita arborum præsentem æstimationem, dominus colono solvere debet.

RESPONSIO.

Si qua sit obscuritas, eam, nisi fallor, his voculis, jam plantatarum, *sustulimus. Quas colonus suo tempore plantat, harum impensas repetit, non meliorationem, quæ est locatione finita. Sed arborum, quas jam plantatas cum ipso jure superficiei emit, æstimationem, quæ est tempore locationis finito, consequitur ratione, quæ prædictis Sandii verbis continetur.*

N. ADDIT.

Ego vero vereor, ut verba illa in parenthesi posita, obscuritatem tollant. Finge, colonus ipse hortum quendam possidet separatum a fundo conducto. Ex hoc arbores quasdam, jam tempore conductionis plantatas in illo suo fundo, postea transplantat in fundum conductum. De his non loquitur Sandius, nec de his sententia prior limitatur. Porro ad casum, de quo Sandius loquitur, non possunt applicari Autoris verba, quod Colonus jam initio locationis earum Dominus fuerit, *sed clarius fuisset, si fuisset dictum,* esse cœperit. *Omnium clarissima res erit, si sic dicamus: Quod secus est in arboribus, quas Colonus durante conductione una cum superficie a conductore* emerit. *Nam revera in* emptione *latet ratio disparitatis, non in arboribus plantatis vel plantandis.*

Atque hæc ita se habent, si fundus per impensas melior sit factus. Quod si nihilo melior factus sit fundus, Conductor pro impensis nihil petere, sed tantum eas tollere potest, quatenus absque detrimento rei ipsius auferri possunt, *per l. 38. de R. V.* Sand. *d. lib. 3. tit. 6. def. 8.*

De Aedificiis Colonorum eorumque æstimationibus.

VIII. Quo jure petat Colonus taxationem ædificii, agro conducto impositi. IX. Et quo jure, licet in possessione non sit, tamen eam petere possit. X. Unde oriatur actio hypothecaria, quæ datur Colono in agros ædibus subjectos. XI. Non licere tamen Colono possessionem dimissam rursus occupare. XII. Sed retinere potest domum agrosque; unde hoc. XIII. An dominus invitus ædificium repetere & taxationem solvere cogatur. XI. Adfirmatur, & quare. XV. Ante finem Conductionis taxationem peti non posse. XVI. Nec plane, si prohibente vel invito domino ædificaverit. XVII. Quid, si ignorante duntaxat. XVIII Inter socios quid hac parte juris.

Mi.

MIror, apud Sandium nihil admodum esse collocatum de ædificiis Colonorum in prædiis rusticis, quæ jure sat singulari apud nos habentur. Paulus in *d. 55. §. 1.* ædificationes eodem loco, quo reliquas impensas, reputat, ideoque nec aliter ejus impensæ repeti possent, quam si fundum, & quatenus, meliorem faciunt. Sed quomodo ea res heic locorum servetur, & quo jure nitantur ea, quæ de ædificiis Colonorum in usu sunt, patet ex sequentibus, quæ olim a nobis scripta, sed in lucem non emissa, placet heic exhibere.

Notum est, superficiem dici, quicquid solo imponitur, sive ædificata, sive plantata sint, at specialiter, Domus imposita solo alieno, vocatur Superficies, *tit. ff. de Superf.* cujus dominium est penes eum, cujus est solum, *l. 2. d. tit. §. 29. & 30. Inst. de A. R. D.* attamen is, cujus est superficies, habet jus dominio proximum, utilemque in rem actionem, *l. 73. §. 1. & ll. seqq. de R. V.* Qui domum igitur ponit in alieno solo, amittit dominium, at si bonæ fidei sit, impensas repetit a domino soli, qui una cum fundo suo vendicat domum, ut habetur in *d. §. 29. & 30.* sed hic usus est rarior. Verum Coloni struunt ædificia, stabula & horrea, in agris ad longum tempus conductis, voluntate dominorum, atque tum superficies ipsorum, proprietas ædificii dominorum est, non quia consensu eorum structa, sed quia dominus soli est dominus superficiei, *d. l. 2. & §. 30.* finita locatione coloni habent jus repetendi impensas, vel potius præsens ædificii pretium, secundum leges taxationibus Edicto præscriptas, ut omni die servatur. Quamvis autem hæc ratio taxationum in superficiebus rusticis, videatur esse moris Frisici, tamen jus earum per regulas Justinianæas, quandoquidem nec ulla hujus rei in Statutis mentio reperitur, ordinandum videtur.

Proinde sic habendum; Proprietas ædificii, a colono seu bona seu mala fide ædificati, est Domini per consequentiam soli; materia vero coloni bona fide præditi, juxta philosophiam Cæsaris, qui non minus solide quam subtiliter distinguit, inter dominium ædificii, atque materiæ ex qua compositum est, *d. §. 29.* Quando igitur fundus redit ad dominum, & colonus, qui bonam fidem habet, eum restituit, Dominus huic aut impensas, aut meliorationem, aut pretium verum restituere debebat. Ad omnes impensas non videtur teneri, quia nulli bonæ fidei possessores, aut conductores, impensas primitus factas consequuntur, si præsenti æstimatione res sint detritæ, ut superius dictum. Sand. *lib. 2. tit. 15. def. 2. & 3.*

Nec ad modum meliorationis hæc res exigitur; quippe Domini damnantur ad taxationem colonis præstandam, licet domus agrorum pretia minuant, ut sæpius apud nos usu venire constat. Res igitur huc redit, ut quia dominus consensit ædificationi, (hoc enim supponitur,) ad impensas teneatur, qua re fit, ut coloni jus habeant fortius quam bonæ fidei possessores, in agris, quibus ædificia imposuerunt, relaxandis, cum hi voluntatem Domini nunquam habuerint. Atqui de his docet Justinianus, eos *pretium materiæ & mercedes fabrorum,* hoc est omnes impensas, repetere posse, tam ipsum ædificantem, quam qui jus ejus deinceps adeptus est, *§. 29. I. de A. R. D.* Verum addit Imperator, *si in possessione constituto ædificatore, soli dominus petat domum suam esse.*

9. Ex quibus verbis duplex oritur quæstio prima, an Colonus, amissa possessione, taxationem domus petere possit; altera, si Dominus non petat domum, an invitus eam accipere & pretium solvere cogatur. De prima notum est, ex rigore juris Civilis nullam competere actionem, nisi in possessione constituto bonæ fidei possessore, ut in *Prælect. ad d. §. 29.* probavimus. Non datur actio in rem, quia dominus soli est dominus ædificii, non ædificator, & actio in rem datur domino, *l. 23. in pr. de R. V.* Non actio in personam, quia nullum negotium inter ædificatorem bonæ fidei, & dominum soli gestum est, *l. 33. ff. de cond. indeb.* Sed in colonis hæc res omni die secus apud nos servatur; neque tantum colonis extra possessionem constitutis, actio in ipsam domum datur, sed & actio personalis in dominum ad pretium consequendum, & insuper in ipsos agros, quibus est imposita domus, conceditur hypothecaria, licet æstimatio ejus excedat universi agri pretium, cujusmodi exempla in præsenti vilitate rerum soli non desunt. Existimo, duas priores actiones bene & recte dari, etiam ex ratione juris Civilis; nam & ipsis bonæ fidei possessoribus, qui ædificarunt in alieno, putantibus solum esse suum, plerique dant incerti condictionem; quæ cum sit actio personalis, per eam peti potest pretium, ubi, inquam, amiserint possessionem, ex æquitate prægnantissima, quam diximus *Prælect. ad d. §. 29.* Præterea coloni posuerunt ædificium in solo domini, cum ipsius consensu, id enim supponimus; ac ita ipsi habent jus superficiei, & id genus superficiariis non possidentibus, Prætor etiam Romanus

causa cognita in rem actionem pollicetur, *l. 73. §. 1. l. 74. & l. 75. ff. de Rei Vind.* Denique consensus ille, quem Dominus ædificanti colono præbuit, actionem conducti personalem ei præstat, quæ rursus utilior est in hoc casu, quam vindicatio domus, ut modo admonuimus, & ipsa res loquitur.

10. Verum, si dominus non habeat unde solvat, ut sæpe fit, utilis admodum est actio Hypothecaria, qua coloni in ipsos agros, etiam contra tertios possessores, & in præjudicium creditorum, qui posteriores hypothecas habent, experiuntur, ac ita jus dicitur, ut jam in stylum constantem abierit. Vereor tamen, ne id longius sit productum, quam jus & ratio ferant; Nam tacita hypotheca sine lege speciali non potest constitui; at hæc manifesto deficit tam jure Cæsareo, quam Statutis nostris, in hoc casu. Habet colonus retentionem, quamdiu est in possessione, habet actionem in rem adversus ipsam domum, actionem personalem ad pretium taxationis contra dominum; sed hypothecariam adversus tertium, nulla ratio ex illis juris capitibus elicere potest. Credo, jus retentionis, quod habent coloni & omnes bonæ fidei possessores, invexisse hanc opinionem, quod & hypothecam colonus tacitam habeat in agros ædibus subjectos, nec raro id argumentum ut indubitatum, citari vidimus: Atqui jus retentionis, amissa possessione, nihil quam chimæra est, cum termini habiles tum penitus deficiant; fitque imperitissime, ut jus illud retentionis cum vindicatione confundatur. Tu dices, pretium taxationis ex novissimo Ordinum Edicto tribus pensionibus solvitur, nisi colonus ab ipso Domino præsente pecunia domum emerit; quod si colonus hypotheca careat, & jus retentionis pereat, amissa possessione, quam prima pensione soluta tradere cogitur, nihil habet securitatis pro duabus reliquis pensionibus; Ego vero, jus retentionis cum exercere posse putem, donec ei de reliqua pecunia satis cautum fuerit, etsi hypothecam ei non daremus. Sed jus tacitæ hypothecæ ita in animis hominum pridem invaluit, ut forte vim juris consuetudinarii obtinere videatur, unde post tot res judicatas recedere non sit integrum; præsertim, cum ratio probabilis non desit. Curia tamen non extendit hanc hypothecam ultra corpus ipsum agrorum, nec ideo in fructus inde perceptos, nec in mercedes e contractu aliorum, licet ex eodem fundo debitas, ut judicavit inter creditores *Jacobi Obbes*, contra *Jacobum Dicker*, *ante natales Chr. 1681.*

11. Nec fas est colono post dimissam possessionem, si pretium taxationis non solvatur, rursus agros invadere, pecudesque immittere pascuis, ut multi opinantur, sed actionibus experiri debebat; id enim & natura juris retentionis, & publicæ quietis ratio postulat. Proinde ab initio, si taxatio facta sit, dominusque prædium aliis locaverit, ac interim legitima disceptatio inter partes oriatur, per quam fiat ut pretium non solvatur, ratio nulla est, quamobrem colonus prior agros occupare, dominumque vel colonum repellere possit, modo ei cautio de judicato solvendo præstetur; Nam jus retinendi propter incertitudinem negotii, mediante cautione removeri potest, per ea, quæ tradit Sandius *lib. 3. tit. 15. def. 3.* cui accedit confusionis evitandæ necessitas, in concursu duorum colonorum, & quod Dominis rei suæ possessio interverti non debeat.

12. Quid vero? Bonæ fidei possessores habent jus retentionis, ita est, sed cujus rei? Ædificii, quod in alieno solo posuerunt, in *d. §. 30. & l. 33. de condict. indeb.* an & agri circumjecti? Inauditum id quidem & ἄνομον, apud nos tamen sic obtinet in colonis, etsi lex nulla unquam hujus rei extiterit; consuetudo tamen ita fert, & secundum eam constanter jus dicitur. Quæ ratio hujus rei? Duplex, opinor. Prima, quod domus rusticæ ab usu agrorum dividi nequeunt; at hæc ratio jure civili æque nota est, ubi tamen non facit, ut ædificator bonæ fidei jus in agros habeat. Ratio altera est, idem quod dixi, jus hypothecæ in agros, quæ non modo actionem, verum semper etiam tribuit retentionem, *l. 1. pr. ff. de pignor.* & si hypotheca jure consuetudinis valeat, oportet eadem ratione retentio agrorum subsistat, quamdiu colonus in possessione constitutus est, ut dictum.

13. Atque hæc ad primam quæstionem *superius* motam pertinent. Quod ad alteram quæstionem, an dominus invitus domum recipere & taxationem solvere debeat, sciendum est, jus illud Coloni trifariam considerari. Primo ut superficiem stricte acceptam, quo sensu colonus habet vindicationem domus, etsi non possideat, *d. l. 37. §. 1. de R. V. l. 1. §. 3. ff. de Superfic.* taxationem vero domus hoc respectu nullo modo petere potest; nemo enim alii suas ædes pretio solvendas invito obtrudere jus habet. Secundo consideratur, ut structura bona fide facta in alieno solo, & hac ratione potest colonus servare pretium

um materiæ, mercedesque fabrorum, *si dominus petat domum suam esse*, ut verba sunt Justiniani in *d. §. 30. Inst. de A. R. D.* Ipse igitur ultro taxationem petere non potest, siquidem *nullo alio modo quam per retentionem, impensas servare potest*, ut scriptum est in *l. 33. in fin. de condict. indeb.* idque media exceptione doli mali, *d. §. 30. l. 14. de except. dol.* Idem est in *l. 48. de R. V.* Sumptus, ait Jctus, in prædium, quod alienum esse apparuit, a bonæ fidei possessore facti, neque ab eo, qui prædium donavit, *neque a Domino peti possunt:* verum exceptione doli posita, per officium judicis æquitatis ratione servantur &c. Atque ita alibi viciniæ, jus dici intelligimus, ut si dominus colonum expellere velit, cogatur ei solvere pretium materiæ, mercedesque fabrorum; si colonus obnunciet domino, ut taxationem petere nequeat, sed tollendi materiam, si velit, tantum habeat facultatem.

14. Apud nos vero non dubitatur, quin utroque casu coloni, tam si voluntate sua, quam si jussu Dominorum a prædio recedant, æstimationem domus adipisci queant, & adipiscuntur omni die, Dominorum incommodo. Sed nostrates prudenter considerant, non minus rationem esse habendam agricolarum, qui vix alias opes quam ejusmodi domos cum instrumento rustico possident, quam dominorum; Etenim si illarum pretia consequi non possent, quando finita locatione commodum illis non est eam continuare, fieret, ut patrimoniis suis evolverentur, nec suis creditoribus haberent unde solverent: idque Reipubl. dominisque agrorum ipsis, in universum foret noxium. Verum enimvero nullum adeone fundamentum habet hæc res, quam consuetudinem & æquitatem? Equidem si convenerit ita, ut taxationem finita locatione petere liceret, non est dubium, quin ita juris sit; sed pacta conventa hac in parte a nostris non exiguntur, etiam sine illis domini inviti, finita locatione, domos accipere & pretia solvere coguntur, si modo consensu illorum facta sit ædificatio. Dictum est *superius*, loco bonæ fidei, colonis esse voluntatem Domini consentientis ædificationi, & quia certum tempus locationi definitum est, ipsa res loquitur, ea finita Dominum vi suæ consensionis teneri ad ædes recipiendas, pretiumque persolvendum; atque hæc ratio sufficere videtur.

15. Cui est consequens, ante finem locationis conductionis, colonum ejusve successores nullo modo taxationem petere posse, nec adeo creditores ejusdem, qui sunt etiam successores particulares. Disputatum est super hoc casu aliquando satis acriter: Erant enim, qui sic putarent; Dominus tenetur ad taxationem ædium præstandam quovis tempore, si nullum tempus locationis sit definitum: Si tempus sit præscriptum, directe adhuc tenetur, quatenus ædificium semper est accessio agrorum, sed per exceptionem pacti locator consequitur, ne teneatur. Atqui hoc jus est, quod ipsi competit adversus personam coloni, sicut omne jus e contractu personale est, nisi quatenus hypotheca per conventionem accedat: Proinde respectu hujus juris, tam personalis quam hypothecarii, concurrere debet cum creditoribus coloni, quorum si jus sit potius, hi exceptionem pacti replicatione prælationis excludent; sic erat ratio hominum eruditorum *subtiliter*. Sed ex iis, quæ superius dicta sunt, intelligi potest, creditores coloni, jus petendi taxationem ex ipso contractu locationis conductionis petere debere, sive ea ad unum, sive ad plures annos inita fuerit; extra quem contractum, nec coloni, nec ulli possessores, cogere possunt Dominum ad accipiendas ædes pretiumque solvendum; nec prælatio usum habere potest, quamdiu jus ei oppositum non est natum. Ac ita *judicatum* memini.

16. Præterea, si Colonus, invito & prohibente Domino, ædificaverit, vel ædificium auxerit, manifestum est, eum non modo taxationem petere non posse, verum & finita locatione, domum relinquendam esse; Ne quidem ut materiam tollere possit, si postea resolutum sit ædificium? Est sane tunc malæ fidei, de qua sic constitutum est *in d. §. 30. d. l. 33. de cond. indeb.* sed non desunt, qui contrarium hodie servandum volunt, quos citat & sequitur Grœnewegius ad *d. §. 30.* Posset hoc concedi, si ignaro, vel saltem non consentiente domino ædificaverit. Scit equidem, se in alieno ædificare, idque sufficeret ad malam fidem; sed qualitas coloni, & usus colligendi fructus, causam dat probabilem, propter quam etiam b. f. possessor materiam servare potest, *l. 27. de R. V. l. 2. C. eod.* Quæ nullo modo adest, si domino palam invito, vel prohibente, colonus ædificaverit.

17. Et in casu ignorantiæ videtur adhuc distinguendum; primo inter taxationem omnium impensarum, & præstationem quanto res est melior. De primo articulo rursus distinguendum videtur,

tur, utrum eduxerit novam domum ubi nulla fuerat, an collapsam aut exustam restituerit.

Priore casu pro malæ fidei structore habendus est, quia scit, se ædificare in alieno solo, cum non habeat ædificandi potestatem; idque, licet ad percipiendos fructus, quod struxit necessarium sit: ab initio enim pacisci debuit, ut dominus ædificaret, aut ut sibi liceret, vel postmodum actione conducti agendum fuit adversus Dominum, ut sibi fructus colligendi potestatem præstaret. Altero casu jure ædificasse videtur, quia conduxit agros voluntate Domini ædificio gravatos, ideo si non excesserit modum primi ædificii, nulla ratio Dominum a taxatione præstanda excusat, ac ita, quoties usus venit, ut sæpe factum, judicatur. Denique petitionem, quando fundus melior est factus, petere potest Colonus, seu sciverit sive ignoraverit dominus, per ea, quæ tradit Sandius *d. defin. vers. 8. Tamen nunc Senatus.*

18. Cæterum quando socius, non Colonus, in fundo communi, altero consentiente, ædificavit, aut vetus ædificium instauravit, is statim impensas pro alterius parte repetere potest, aut postea cum usuris, ex quo impensæ ad certam quantitatem redactæ sunt, *etsi forte alter e sociis domum solus habitaverit*; cujus rei separata ratio habetur: *Judicata est ejusmodi species inter partes prænobiles, ante natales Christi 1681.* Sed pertinet hæc res ad Judicium Communi dividundo. Colonus taxationem impensarum ædificiorumque petit, ut dictum, actione Conducti, vel per retentionem, quam tamen dominus profligare potest, oblata cautione, si impensæ sint illiquidæ, per *l. 5. de Statu lib.* Sand. *3. 15. 5.*

DE ACTIONE LOCATI.

XIX. Quid sit actio locati, & communia cum actione Conducti. XX. Quatenus hypothecaria primo Locatori adversus secundi conductoris res detur. XXI. An plures conductores in solidum teneantur. XXII. Conductorem ad usum rei accipiendum, operamque præstandam, cogi posse. XXIII. Quibus causis merces minuatur. XXIV. Quo tempore solvenda merces. XXV. De obnunciatione pro re locata relaxanda ex Statutis. XXVI. Quando cesset, aut non, hæc obnunciandi necessitas. XXVII. De obnunciatione & derelictione rei ante tempus expressum. XXVIII. XXIX. Quæstiones aliæ singulares huc pertinentes.

19. Satis e longo diverticulo redeamus in viam. In descriptione Conducti actionis supererant hæc verba, *Quicquid interest sua ex lege contractus, & bona fide.* Quorum exegesis pendet ex iis, quæ de proprietatibus & præstationibus hujus contractus, habuimus in *Parte prima*, ubi etiam de præstatione culpæ, quæ latissimam hujus actionis materiam præbet: Sed pergimus ad actionem locati, quæ datur Locatori, scilicet adversus Conductorem, *ut pro usu rei vel opera, mercedem suo tempore solvat, & rem finita conductione, restituat cum fructibus, & eo quod interest ex lege naturaque contractus.* Quæ de heredibus & secundis conductoribus supra collocata sunt, heic *respective* pro repetitis haberi debent; nisi quod utilis actio, quam diximus habere conductorem secundum adversus locatorem primum, huic non detur vicissim adversus illum, quemadmodum & alias ei, contra quem actio cessa est, non datur actio contra cessionarium, licet ipse per utilem conveniri possit, *ut supra ad tit. de Mandato num. 10. & seq.* Exceptiones reciprocas contra secundum agentem ex persona primi, usum habere, vicissim tenendum, ita ut *supra* dictum est.

20. Sed quia Locatoribus hypotheca tacita competit in fructus agrorum, inque invecta & illata domorum, quæritur an hæc saltem adversus secundum valeat Conductorum. In fructus agrorum valere dicitur, ut etiam adversus Conductorem secundum actio detur hypothecaria, *l. 24. §. 1. h. t.* quæ simul docet, in rebus invectis illatisque a secundo Colono, non durare hypothecam in bonis primi constitutam, ratione differentiæ manifesta, quod in prædiis rusticis invecta & illata non tenentur legali, sed expressa tantum hypotheca, quæ cum secundo non inita, ejus quoque bona afficere non potest: Idque satis perspicuum est hactenus. In prædiis urbanis invecta illata, tacito pignori devincta sunt, *l. 4. In quib. caus. pign. tac. l. 5. C. h. t.* Quod si inquilinus alii sublocaverit domum, ipse quemadmodum personalem actionem, ita & hypothecariam in rebus secundi conductoris adipiscitur. Insuper secundus conductor tacite cum domino pactus videtur, ut suæ res illatæ ipsi quoque teneantur, pro mercede, quam secundo Locatori debet & debiturus est, *l. 11. §. 5. de Pignor. act.* verbis, *non enim credibile &c.* etsi dissentiat Wissenbachius noster *ad d. tit. Quib. caus. pign. tac. n. 18.*

qui

qui nullam plane hypothecam, domino sive locatori primo competere statuit: Verum tamen quia secundus inquilinus solutione sublocatori facta liberatur, pignoris obligatio, ut accessoria, tunc etiam adversus eum cessat, non modo immediata, quæ competit secundo locatori, sed etiam indirecta illa, quæ per consequentiam, alterius domino sive locatori primo competit. Ideoque si pro parte solverit Sublocatori, hypothecaria Domini non valet ulterius, quam debiti ipsius reliquum ferat, idque ita in contradictorio placuit Curiæ Supremæ in causa *Hedwii Pietres Bechius*, contra *Lambertum Hermanni*, ante ferias Pentecostales 1680. Numquid idem in prædiis? Scrupulum faciunt verba *d. l. 24. §. 1. h. t. Fructus in causa pignoris manent, quemadmodum essent, si primus colonus eos percepisset.* Atqui si primus colonus eos percepisset, ulterius obligati non essent, quam pro modo debiti illius. Ergo nec secundi coloni respectu, pignoris obligatio superat debitum ejusdem; nec res ejus tenebuntur pro debito mercedis, quam legitime solvit, quemadmodum solutionem a secundo Colono recte fieri sublocatori, extra controversiam est.

21. *Adversus* CONDUCTOREM, intellige & heredes, secundum dicta *superius l. 19. §. 8. h. & l. 10. C. h. t.* tam ratione rerum, quam operarum. Si plures sint Conductores; utrum singuli in solidum teneantur, disputatum est *ad tit. Mandati num. 2.* & conclusum, quando duobus simul eadem res commodata vel locata est, singulos in solidum, etsi non sit expressum, si modo nihil secus convenerit, teneri, per *l. 23. C. h. t.* modo non turbet lex 47. *h. t.* quæ plures in solidum ait teneri, cum *apparebit, emptorem, conductoremve, pluribus vendentem vel locantem, singulorum in solidum intuitum personam.* Nolim equidem ex hoc textu probare, plures simpliciter conducentes in solidum teneri singulos; Idem enim de venditi actione statuendum foret, in qua tamen non recedimus a regula, quod ubi plures simpliciter obligati sunt, singuli pro partibus teneantur, *l. 4. in pr. de Exercit. act.* juncta *l. 44. §. 1. in fin. de Ædil. Ed.* Scilicet nisi id actum sit inter partes, ut duo rei fierent, *tit. I. & ff. de duob. reis*, quales etiam in locatione conductione fieri posse, docet *lex 13. §. 9. h. t.* sed ne hinc quidem probatur, locatione conductione simpliciter contracta, singulos in solidum teneri. Videtur tamen ita juris esse, per ea, quæ *ad d. tit. Commodati* collocata sunt, neque repetemus.

22. PRO USU REI, vel OPERA. Ad quem usum accipiendum operamque dandam, per se vel per alium, locator conductorem potest compellere, quemadmodum hoc illum ad usum rei præstandum, facere posse, *supra* demonstratum. Qui vinum conduxit transportandum, hac actione cogi potest, ut locatori possessionem vini præstet, *l. 11. §. 3. h. t.* etsi, quoniam ad factum nemo absolute cogi potest, contumacia non facientis aliter quam eo quod interest, coerceri non potest. In ædibus & agris, longe major est ratio cogendi inquilinos & colonos, per se vel per alios colendi agros & domos, nec dubitatur, quin conductores ad hoc teneantur, & conventi condemnentur. Si offerant id quod interest, an per hoc liberare se possint? Nusquam legimus, eum, qui ad certi contractus præstationem obligatus est, si facultatem habeat implendi quod promisit, aliam rem præstando, se liberare posse, cum utique res diversæ sint, æstimatio & id quod interest, *l. 8. §. 8. de Fidejussor.* Id de conductore probatum est, supra; Locatoris eadem ratio est, eadem necessitas, *d. l. 11. §. 3.* juncta *l. 9. in pr. & l. 15. in pr. & passim.* Adeo non est juridicum dicere, quod in Emptione Venditione, Locatione Conductione, similibusque contractibus, partes ad dandum faciendum, quod promiserunt, præcise non teneantur.

23. MERCEDEM solvat; Nisi ex justa causa remissionem, si quando aliter non convenit, impetraverit, ut diximus ad *h. tit. Inst. n. 11.* Haud crebro tamen agricolas, quibus id maxime convenit, ea de re litigare videas: De invasione hostili, atque inundatione falsa hostis depellendi causa facta, post superius bellum, ea res apud nos usu venit. Vix alioqui de Θεῦ βία, de cœli injuriis agere solent; forte ne ob sequentium annorum proventus, ad calculos ac ad restituendum vocentur, ad quod ex *l. 15. §. 4. h. t.* tenerentur. Potest etiam minui merces ex eo, quod ex causa ruinæ, aliave justa coactus sit ante tempus rem derelinquere conductor; secus absque justa causa, *l. 27. §. 1. & l. 55. §. 1.* vel si habitator partem domus, in qua præcipuus ei usus erat, dereliquerit, non si paulum idcirco se coartare debuerit, modica enim transversaria ferenda sunt, *d. l. 27. in pr.* Quod si Dominus rem monitus instanter, reficere nolit, aut is procul absit, impensas necessarias de mercede deducere potest. Datur enim actio in eum finem, *l. 15. §. 1.* Ergo etiam exceptio & deductio, *l. 61. fin. pr.* Invito tamen domi-

domino id difficilius procedit: opusque tunc est, si res aliquanto majoris momenti sit, ut status rei in testatum redigatur, ut inde possit apparere, an & quatenus refici rem necesse fuerit, *arg. l. 2. §. 4. Usufr. quemadm. cav.* Quod de operarum locatore traditur, eum non prohiberi mercedem integram petere, licet morte aut alio casu fortuito, impediatur operas absolvere, ex *l. 19. §. 9. & 10. & l. 28. h. t.* ita intelligendum est, nisi casus fortuitus ipsi, qui operas præstare debet, incubuerit; tunc enim magis est, ut per ipsum stare videatur, *l. 15. §. 6. h.* etsi in famulis conductis humanitas velit, ne statim ac ægrotare cœperint, ejiciantur, *l. 4. §. 5. de Statu lib.*

24. *SUO TEMPORE.* Quod vel conventione partium, vel hac cessante, more regionis aut civitatis est constitutum, *l. 34. de R. J.* Ubi nihil peculiare præscriptum est, elapso anno, non prius, *l. 42. de V. O. l. 1. §. 4. de Migrando.* Consequenter qui opus faciendum conduxit, non nisi perfecto probatoque opere habet actionem, nisi ad pedes aliamve mensuram conduxerit; tunc enim singulis mensuris impletis, mercedem pro portione exigere posse videtur, per *l. 30. §. pen. h. t.* ubi respondetur, etiam imperfectum opus oportere metiri; non alio fine, quam ut secundum mensuram præstetur merces.

25. REM *Finita Conductione* RESTITUAT. De modis finiendi locationem conductionem, actum non agemus, *ad d. tit. Inst.* Moribus hodiernis denunciatio fieri debet ab eo, qui Locationem conductionem rei immobilis non vult continuare, tam, inquam, a Conductore quam a Locatore, & quidem tempore opportuno, ut partes sibi rursum de novis conditionibus prospicere possint, quod Statutis fere definitum est, apud nos quatuor mensibus ante finem temporis in actione expressi: Nam ante Kalendas Januarias facienda est denunciatio. Post illas in annum sequentem locatio repetita censetur, 1. *Stat. 14. §. 1. Modus autem obnunciandi est, ut fiat per viatorem publicum,* qui simul conductorem in jus vocet: Quia Statutum requirit, ut de effectu denunciationis protestatio fiat in judicio, cui se conductor ex causa opponat, eaque non facta, conductor obnunciationi factæ parere non cogitur, adeoque illa in irritum cedit, *d. tit. 14. art. 2.* si fiat oppositio, causa summatim cognoscitur, & jus dicitur ante initium sequentis anni locatorii: Quod si causa tam celeriter finiri nequeat, Conductor tamen cedere cogitur, ut *superius* probatum est.

26. Huic tamen juri a Conductore potest renunciari expresse, cis annum totum, ut Sandius judicatum refert *3. 6. 1.* in principio Locationis Conductionis, vel quoad modum, ut ne opus sit denunciatione & protestatione judiciali: quod fit quam frequentissime. An etiam tacite? haud facile. Sandius hanc formulam tacitæ renunciationis probat, quando Conductor promisit, *se finita locatione rem Conductam libere esse relaxaturum, omnique legum beneficio & auxilio renunciat,* ex *Menochio.* Ego subsisto: nam relaxatio pertinet ad promptam rei derelictionem; beneficia Legum varia possunt esse; nec generalis renunciatio valet, quando species sunt incertæ, per *l. 4. §. 4. Si quis caution. jud. sist. causs. non obt.* Quæsitum est, Locata domo ad octennium singulis annis a mense Majo inchoandis, hac lege, ut quo anno conductor moreretur, aut e provincia migraret, Locatio Conductio finiretur, *dat de huir alsdan, met het lopende jaer soude eyndigen*; casu mortis, aut migrationis post kalendas Januarias eveniente, an Conductor ultra kalendas Majas non teneatur. Responsum est; non videri renunciatum beneficio Statuti, quod vult, nulla obnunciatione ante kalendas Januarias facta, Conductionem in sequentem annum videri renovatam; Proinde Conductorem aut ejus heredem, sequente adhuc anno teneri, & tunc obnunciatione legali oportere defungi; non obstante quod casus illi prævideri non poterant; quia beneficium Legis ipso jure competit. Ac ita in propria causa in exedra consultoria obtinui anno 1680. Eodem modo, si res locata sit vendita, quamvis emptor conductorem ante tempus expellere possit, *l. 25. §. 1. h. l. 9. C. eod.* si tamen obnunciatio tempore legitimo, ab emptore vel a venditore facta non sit, (ab alterutro sufficit, Sand. *d. def. 1.*) conductor rem derelinquere non cogitur; & emptor amittit jus alioquin ipsi comparatum, per *dd. ll.* ut judicatum esse, Nauta refert, in causa *Sake Sjoerts Broesma, contra Albert Wouters,* 10. Maj. 1636. Quod si venditio facta sit post Kalendas Januarias, Emptor adversus venditorem in id quod interest, quod vacua & libera possessio sibi non tradatur, aget. Quemadmodum ipse & Conductori, cui rem a se emptam locaverit, tenetur. Species sit hæc, cujus usum non semel vidimus. Emit aliquis post Kalendas Januarias prædium: Hoc

Hoc locavit. Vetus colonus nulla obnunciatione facta, non potuit a novo depelli. Hic habet actionem adversus emptorem, eundemque locatorem, in id quod interest, quod memini ad ingentem aliquando pecuniæ summam ratione lucri cessantis æstimatum fuisse. Locator autem contra venditorem rursus habebat actionem ad indemnitatem, quod in tempore, cum prædium venderet, non obnunciasset. Quær. Conductor rem sublocaverat, utri denunciatio fieri debet, primo an secundo conductori? Et judicatum est, alterutri fieri posse; apud Sandium *d. Def. 1.* Quod si obnunciatio facta sit Primo conductori, isque secundum non fecerit scientem, huic adversus suum Locatorem actio dabitur, ut res ultro indicat.

27. Cæterum, aliquando Locatorem agere posse, ut Conductor rem ante tempus derelinquat, dictum est *ad Inst.* si re male utatur, si res sit reparanda, si dominus ipse re indigeat; Denique, si per biennium non solvat mercedem, *l. 56. h. t.* His autem casibus non solvitur ipso jure Locatio conductio, sed ita, si jure suo velit uti Locator, quod minime plerumque fit. Proinde illis ipsis casibus obnunciatio ex lege municipali fieri debet, & solet apud nos: nec enim isti modi in desuetudinem abierunt, ut de biennio quidem Ordines Frisiæ testantur, in Edicto *d. 22. Febr. 1622.* ubi in *præfat.* sic ajunt: *Quoniam Domini agrorum debent expectare biennium, antequam Colonis suis mercedem solventibus, agros obnunciare possint.* Hinc quæritur, an Locator ante Kalendas Januar. anni secundi, obnunciare possit colono, ut prædium in sequentem annum derelinquat: Si non liceat, futurum est, ut colonus cunctator triennium loco biennii habeat. Rursus, si liceat, videtur anticipari pœna Legis, contra id quod scriptum est, eum, cui certum tempus præfinitum est, non nisi elapso tempore in mora esse videri, *§. 2. I. de V. O. & l. 41. §. 1. eod. tit.* Temperamentum igitur adhibendum, ut denunciatio fiat, sub conditione, si ante exitum anni secundi non solvat.

28. Quid autem, si dominus probare possit, Colonum nihil habere in bonis, secus ac simulaverat, ut credibile non sit, eum mercedibus solvendis suffecturum, an etiam ante biennium obnunciare potest? Disputatum ita est a Domino, qui exploraverat suum colonum nihil intulisse in prædium, nisi quod alienum esset, supellectilem, pecudes, & instrumenta rustica, ipsi ab aliis esse commodata. Ideo cum ad plures annos locasset, primo anno ante kalendas Januarias obnunciaverat. Sed a Curia non est admissus, in causa *heredum Johannis Gualteri*, contra *Niurd Bouwes, d. 22. Junii 1680.* Quo minus tamen ex ejusmodi ratione, cautio a Conductore pro mercede exigi, & deficiente cautione obnunciatio fieri possit, non est dubitandum. Forsitan & directe sub hac conditione, *si ante finem anni non solvat*, denunciatio posset fieri, *arg. l. 41. de Judiciis.*

29. Denique, si post, vel paulo ante cessationem biennalem conductor prædium sublocaverit, an secundo conductori dominus usum rei auferre, vel obnunciare potest? Non posse, placuit olim Curiæ supremæ in tali causa. Abbius Friderici *Gabbema*, vendiderat prædium *Sirxma* dictum *Johanni Wilhelmio*, in quo Curatores pauperum Bolswardiensium habebant sex jugera, quorum usum domino prædii Sirxmani perpetuum concesserant, pro vectigali vel mercede duorum ducatonum annuorum, cum pacto, si per biennium illos non solveret, fore, ut dominus prædii jure suo caderet, sine ulla denunciatione facienda, vel etiam pensionis augmento. Sed venditor peculatus reus, & e provincia profugus interim factus, de pretio illius prædii adhuc debebat quinquies mille octingentos & octuaginta florenos aureos, pro quibus venditor Livius conveniebat emptorem & possessorem *Johannem Wilhelmi*, & hic, rebus male cedentibus videns, se prædium retinere non posse, non solverat binos ducatones illos annis 1637. & 1638. Livius Pibema deinde prædio recuperato, Curatoribus pauperum offerebat pensiones annorum præteritorum. Sed illi jus commissi urgebant, suaque jugera libera esse contendebant. Aliter Curiæ visum, quia præsens possessor, contra quem jus Commissi exercere volebant, ipse non fuerat in mora, ut refert Nauta judicatum, in *causa Johannis a Marssum cum sociis, contra Livium Johannis Pibema d. 20. Dec. 1641.* Forte etiam, quia Livius a Johanne jus suum non erat nactus, sed antiquum jus suum repetebat, quod emptorum negligentia, re ad dominum suum redeunte, perire non potuisse videtur. Quod si ille suum jus ab ultimo possessore nactus fuisset, non fuerit alienum dicere, Dominos fundum in libertatem vindicare potuisse, quia commissum fuit ipso jure, vid. *pag. 778.* Alioqui in potestate Conductorum esset jus Commissi eludere, facta translatione sub finem biennii, cum ipse nondum, neque mox novi conductores, expelli possent. Videtur etiam illud exem-

exemplum fuisse de Emphyteusi, ut indicavimus *pag. 778. n. 7.* a qua differt Locatio Conductio, quod in hac obnunciatio facta primo conductori valeat contra secundum, ut modo probatum est, etiam si ante biennium sublocatio facta sit: Proinde si merces cis biennium soluta non sit, non opus est secundi Conductoris facto, vel mora solutionis, quæ non ad primum Locatorem, sed ad sublocatorem respicit. Dominus suo conductori obnunciabit, eaque protestatione judiciali confirmata secundus conductor ob moram primi recedere cogetur, quia plus juris, quam ille habebat, habere non potest. Ideoque judicatum illud ad Locationem Conductionem pertinere non videtur. An ad Emphyteusin spectet, ex iis, quæ superius dicta sunt, cum hisce collatis, dijudicandum foret.

Quod si ex lege Conventionis ad tributa solvenda Conductor teneatur, nec solvat, haud dubie depelli potest, sicut ob mercedem, & quidem ante biennium, ut de emphyteusi diximus *pag. 779.* Porro de pœna non restituentis rem conductam, de præstatione culpæ, de periculo damnoque incendii, quæ diximus ad *h. tit. Inst. & ad tit. de Lege Aquilia, superius*, cum his conferenda relinquemus. Hoc addito, colonis non licere pascuos agros in Cereales convertere, sine Consensu Domini, non modo extremis diuturnæ conductionis annis, ut Grotius *d. cap. 19. n. 55.* sed nec ab initio, vel in medio, certe non, si domini conditio inde ulla parte deterior facta, futura sit, ut fere contingit, *arg. l. 13. §. 4. & §. l. 27. §. 1. de Usufr.* Teneri ex ea causa Colonum in id quod interest, Curia nostra judicavit, in *causa Kemponis a Donia Impet. Reconv. contra Johannem Benedict. cum soc. d. 27. Febr. 1644.*

Tit. III.

De Æstimatoria actione.

I. Ratio discernendi contractus innominatos a nominatis. II. Species innominatorum. III. Contractus æstimatorius quis, & usus ejus. IV. Actiones hinc oriundæ. V. Cujus in hoc contractu sit periculum.

Quæ sequuntur in hoc libro, ad materiam contractuum innominatorum pertinent, de quorum natura differentiaque a nominatis contractibus, actum est *ad tit. Inst. De Obl. quæ cons. cont.* Summa eorum est hujusmodi; quædam conventiones propter usum earum necessarium & frequentem, certis nominibus sunt proditæ, quædam infrequentiores nomina certa non sunt adeptæ, vi tamen actionum munitæ; illi contractus sunt nominati, hos vocamus innominatos: Ubi nec nomina nec actiones dentur, hæc pacta nuda sunt, & manent, *b. l. 7.* Ex nominatis conventionibus, quæ maxime expediti commercii erant, hæ ex solo consensu vim obligandi acceperе. Tales quatuor proditæ sunt; Emptio venditio, Locatio conductio, Societas, Mandatum. Contractus benefici, ut Mutuum, Commodatum, Depositum, sua natura non sunt mercatorii, ideoque nihil necesse fuit, iis a solo consensu vim agendi tribuere, quod nec factum: nam conventio de mutuando, commodando, deponendo, non parit actionem, *l. 30. de Reb. cred.* opus est re tradita, *supra, quib. mod. Re contrah.* His additum fuit Pignus, quia non erat contractus per & propter se, *§. ult. eod. tit.* Prætor tamen videns frequentem pignoris usum, ei quoque e nudo consensu vim agendi adscripsit, *in l. 17. §. 2. de Pact.* Conceptio verborum, & scriptura, quamobrem in quibusdam obligationibus requisitæ fuerint, diximus *ad pr. tit. Institut. de Verb. oblig.*

2. Numerus contractuum innominatorum quaternario comprehendi solet, *Do ut des*, *Do ut facias*, *Facio ut des*, *Facio ut facias*; Sed hanc enumerationem non esse completam, vel *hujus Rub. arg.* constat; Nam æstimatorius contractus hujusmodi terminis continetur, ut ad nullam istarum quatuor specierum referri posse videatur. Scil. Æstimatorius contractus vocatur, quando res æstimata committitur vendenda sub hac lege, ut vel ipsa, vel ejus æstimatio restituatur, *l. 1. h.* Talis traditio ad vendendum, nec est datio, nec est factum, ut quidem *faciendi* verbum in hac materia sumitur, nam generaliter alioquin ipsum *dare* est aliquid *facere*, qua de re diximus ad *tit. Inst. de Oblig.* Prorsus apparet, hunc contractum esse mediæ naturæ inter locationem conductionem atque emptionem venditionem, & exercetur ab iis, qui cum vestimentis & supellectilibus circumeunt vicos, *Uytdragers*. Quanquam hoc nomen postea sedit iis, qui domi commercia rerum semitritarum agunt;

agunt; hujus interim contractus exercitio aliis diverso nomine relicto.

3. Actio nascitur hinc Præscriptis verbis, quæ datur utrique contrahenti, tam ei qui dedit, quam qui accepit. Qui dedit, agere potest bifariam; Si vendita sit res, ut pretium sibi restituatur cum usuris a tempore moræ, quia contractus est bonæ fidei, *arg. §.28. I. de act.* junct. *l. 32. §. 2. de Usur.* Si res necdum vendita sit, actio competit ad repetendam rem, tam ex pœnitentia dantis, quam ex negligentia accipientis, per *l. 3. §. 3. de Condict. c. dat. n. sec.* Vel etiam ad hoc, ut det operam, quo rem vendat, aut e culpa solvat id quod interest, *arg. l. 1. h.* Periculum e casu fortuito eveniens, incumbere dicitur ei, qui rem accepit, *d. l. 1. §. 1.* propter regulam, quod æstimatio semper transferat periculum in eum, qui rem æstimatam accepit, *l. 5. & l. 10. C. de jur. Dot.*

4. Sed hujus regulæ applicatio ad hoc negotium, distinctione limitatur in *l. 17. ff. de Præscr. verb.* utrius gratia, vel rogatu, contractus fuerit initus, ab hujus enim rei contemplatione periculi consequentia pendet, ratione satis evidenti; quod æstimatio transferat periculum in eum, qui rem æstimatam hoc animo, ut penes eum absolute remaneat, accepit; Quod cum in hujus actionis hypothesi neutiquam fiat, ratio non tulit, ut periculum in accipientem simpliciter transiret; unde patet, necessariam esse *Legis 1. §. 1. h.* cum *d. l. 17.* conjunctionem. Cæterum merces in hoc contractu non datur, id est expressa quantitas, quæ facit locationem; sed tacitam in hoc negotio præmii conditionem inesse, res loquitur, ut si is, qui rem accepit æstimatam, pluris eam vendere possit, id quod excedit, suo lucro deputet, *d. l. 1.* Nec tamen si merces exprimatur, ideo fit Locatio conductio, quia non transfertur usus rei vel opera personæ simpliciter; Sed fides datur, rem ipsam, vel æstimationem de qua convenit, reddendi, cujusmodi alternativa notissimos locationis conductionis terminos excedit. Propterea hoc casu datur utilis actio æstimatoria, quæ continet easdem cum directa modo designatas præstationes, *l. 2. h.*

Tit. IV.

De Rerum Permutatione.

I. Proprietas permutationis. II. Adfinitas cum Emptione Venditione; nec forte semper, ubi res pro re datur, esse permutationem. III. Convenientia cum Emptione venditione, & ab ea discrepantes effectus.

Princeps contractuum innominatorum est *Permutatio*, quæ proprium titulum ante locum communem sequentis *Rubricæ* meruit, & primo omnium recipit hanc dubitationem; quomodo contractibus innominatis, quæ nomen præ se ferat, hæc species acceuseri queat? sed cui satisfecimus in *Instit. de Empt. Vend. n. 8.* Fit autem Permutatio, *Quando certa species pro alia specie datur atque transfertur*, hanc esse permutationem, sive contractum Do ut des; Sic enim explicatur, idemque significare videtur, *l. 5. §. 1. & 2. fin. de Præscr. verb.* nisi forte cum certa species datur, ut res in genere reddatur, sit contractus Do ut Des potius, quam permutatio, quod alii volunt, quos inter D. Schotanus *exam. ad h. tit.* Sed ea res usum vix est ut habere videatur, etsi novissime sic statuat Ekholtius *ad h. t. n. 3.* per *l. 13. de Præscr. verb. & l. 17. §. 5. eod.* quæ tamen parum ad rem faciunt, ut demonstrat Thomasius *not. ad Strauch. Dissert. 16. n. 5.* In utramque partem disserit Bekmannus ad *h. tit. n. 62. & seqq.*

2. Quanta permutationis cum Emptione Venditione adfinitas, ex veteri disputatione, an etiam, ubi res pro re datur, emtio venditio esse queat, intelligi potest. Quanquam autem Proculi sententia dicentis, hanc esse perpetuam differentiam, quod Emptio Venditio pretium in pecunia numerata requirat, cum autem res pro re datur, fit permutatio, *§. 2. I. de Empt. Vend.* prævaluerit, non est tamen abs re dicere, quando animus contrahentium fuit rem emere vendere, tum non desinere esse emtionem venditionem, eo quod res loco pretii data fuerit, ut colligitur ex Gordiani Rescripto in *l. 1. C. de Rer. permut.* Erat, qui venalem habebat possessionem. Alius pretii nomine, quantitate non taxata, dedit aliam possessionem; dicit, ad exemplum actionis empti agendum. Si vero idem actum sit cum eo, cui venalis possessio non erat, permutatio facta, & alio modo agendum traditur, quod parum abest a Sabini & Cassii sententia, qui putabant, emtionem venditionem esse, quando partes emere vendere, rem alter comparare, & alter eandem transferre volebant, sine discrimine, res an pe-

cunia vicissim daretur, ut Salmasius *l. 1. de Usur.* probat. Certe mercatores Indici id agunt, ut merces ab indigenis comparent, a plerisque pro nummis, a quibusdam pro aliis mercibus, cultris, speculis, aliisque reculis, quibus barbari delectantur, non est a negotii natura alienum, illos utrobique eodem modo se habere, id agere mercatores & Indos, ut emant vendant, partiumque intentionem facere speciem contractus, ut Cæsar in *d. l. 1. C.* docet, tunc demum, esse permutationem, ubi intentiones conveniunt, uterque ut re carere velit, ut fere Paulus differit in *l. 1. in pr. h. t.* Hac de re latius agentem vide Vinnium *ad d. §. 2. Inst.* Hoc satis constat, pecuniam non facere semper, ut emptio Venditio sit, cum sæpe & ab una parte permutatio pecuniam habeat, ut in *l. ult. D. de condict. caus. dat. caus. non sec.* ubi ut corpus consideratur, & quotidie pecunia utrimque fit materia permutationis, quando majores nummi parvulis franguntur, quam esse permutationem longe dissimilem ei, quæ in Cambio, monendum putavit Thomasius *ad pos. 3. h. t.* & ex iis, quæ ad *finem tit. de Mandato* habuimus, ultro constat.

3. Effectus Convenientiæ cum Emptione Venditione sicut notabiles sunt, ita discrepantiæ non desunt. Convenit permutatio cum emptione venditione in usu Ædilitii Edicti, ne res sit vitiosa, ne pecus morbosum, rem habere licere, *l. ult. h. t. l. 19. §. pen. de Edict. Æd.* etiam in Evictione, *l. 1. §. 1. h.* etsi nonnihil in specie *d. l. 1. C. h. t.* discriminis animadvertit Gordianus. Remedium Legis *2. C. de Rescind. vend.* plerique ad permutationem extendunt, Quod cur nobis faciendum non videatur, ad *tit. de Rescind. Vend. n. 3.* dictum, non repetimus. Ideoque si quis hunc articulum inter discrepantias recensere velit, non repugnabimus; sicut inter convenientias poni meretur, quod publicæ promulgationes, solutio nummi quadragesimi, aut *alibi* quinquagesimi sexti, æque in permutatione ac in Emptione Venditione obtineat, tam alibi, quam in Frisia, *1. Stat. tit. 11. §. 4.* Porro quod Emptio Venditio modo consensu perficiatur, Permutatio non nisi ex re tradita initium obligationis præbeat, ex genere Contractuum satis constat, & scriptum est in *l. 1. §. 2. h. t.* Hoc minus obvium, quo sensu res aliena, quæ vendi potest, permutari posse negetur, *l. 1. §. 3. h. t.* Nam venditor tantum ad vacuam possessionem tradendam, non ad dominium transferendum tenetur, *l. 11. §. 2. de Action. empt.* Permutatio alterum facere debet dominum, *d. l. 1. §. 1. & 3. h. t.*

SCHOLIUM.

Verius videtur contrarium, per L. 4. §. 17. de Usucap. l. 1. C. hic. *nisi is, qui primo cœpit contractum adimplere, rem alienam dederit, & accipiens antequam & ipse adimpleat, hoc rescisceat, de quo casu loquitur* l. 1. §. 3. hic, *juncto §.* 1. & 2.

RESPONSIONIS loco erunt sequentia:

Pædius ait, ***alienam rem dantem, nullam contrahere permutationem***, sunt verba *d. l. 1. §. 3.* Non recusamus idoneam explicationem: Nec enim est infinita nullitas. Nam qui rem alienam ex causa permutationis accepit, usucapiendi conditionem habet, quam non haberet, si nullo modo esset permutatio, *d. l. 4. §. 17.*

N. ADDIT.

Ergo cadit tamen illa differentia in textu præcedens, inter venditionem & permutationem. Si Papinianus hæc scripsisset, talibus ambagibus non fuisset usus, sed diserte dixisset, se mutasse priorem sententiam, aliter videlicet edoctum a Sabino. Conf. supra nov. addit. ad tit. de servis exportandis.

4. Jam diximus in *posit. ult.* differentiam, quod res aliena vendi, non permutari possit, in eo tantum consistere, quod actio empti venditi in illo casu utrimque nascatur, non æque ex permutatione rei alienæ, quod attinet ad eum, qui dedit rem alienam: sed qui accepit, postquam dederat suam, tam in id quod interest, præscriptis verbis agere potest, quam condicere rem a se datam, *d. l. 1. C. h. t.* Qui vero dedit rem alienam, præscriptis verbis actionem non habet, sed tantum condicere potest rem a se datam, si alter vicissim dare noluerit, *d. l. 1. §. ult. h. t.* Wissenbach. *ad h. t. n. 6. & 8.* Postremo hæc insignis differentia est, e diversis qualitatibus nominati ac innominati contractus oriunda, Quod in permutatione sit locus pœnitentiæ, qua is, qui dedit rem, ut alius vicissim daret, repetere possit, quamdiu alter a sua parte contractum non implevit, *l. 3. §. 2. & l. 5. in pr. & §. 1. de Condict. caus. dat. causa non sec.* Ad quem titulum ea de re dictum est jam pridem, ut etiam, in Permutatione non esse locum Retractui, secundum ea, quæ *ad tit. de Rescindenda Venditione* collocata sunt. Adde quod ad *Tit. de Contrab. empt. num. 7.* habuimus, nec id ab usu hodierno remotum esse, probat Bekmannus *ad h. t. Obs. pract. n. 68.*

TIT.

Tit. V.

De Præſcriptis verbis & in Factum actionibus.

I. Quibus nominibus hæc Actio deſignetur. II. Cur dicatur Præſcriptis verbis. III. Cur Civilis. IV. Quamobrem Incerta, & de contractu Do ut facias. V. De Contractu facio ut des, & de actione ex illo; conciliatur Lex 5. §. 3. h. *cum* l. 15. h. t. *VI. De contractu facio ut facias, & ſpeciebus eo pertinentibus. VII. De actione præſcriptis verbis extraordinaria. VIII. Exemplum ejus hodierni uſus exponitur. IX. Cur hæc actio dicatur incerti. X. Quare in factum.*

QVam non pari methodo in omnibus titulis ſit utendum, cum ſæpe alias, tum hujus Rubricæ argumento conſtabit. Omnis enim ejus materia ad *appellationes*, quibus actio præſcriptis verbis inſignitur, conferri poteſt, quod ubi definitionem ejus poſuerimus, demonſtrabitur. Datur hæc actio ex omni conventione, quæ uſum habet abſque nomine, i.e. quæ datione vel facto ab alterutra parte impleto cepit initium, ad hoc, ut alter viciſſim det vel faciat quod promiſit, *l. 7. §. 2. de Pact.* Appellationes, quæ huic actioni tribuuntur, ſubjiciam. Primo vocatur *Præſcriptis verbis*, ſecundum hanc Rubricam. 2. Vocatur *Civilis, in l. 15. & ſeq. h. 3.* Utilis, *l. 6. C. de Tranſact.* 4. Incerta, *l. 6. C. de rer. permut. 5.* Incerti, *d. l. 7. §. 2. & 6.* in Factum, *l. 13. §. 1. & l. 22. fin. h. t.* etſi in Factum actiones latius quoque patent, unde diverſitas in hac Rubrica. Poſtquam his appellationibus ſuum dederimus ſenſum, natura hujus actionis ita perſpecta erit, ut ad ejus intelligentiam nil deſiderari queat.

2. Primo dicitur hæc actio *Præſcriptis verbis*, quia non e formula ſolenni, ſed verbis a JCtis pro natura cujusque negotii *præſcriptis* agebatur. Hanc enim inter varias doctorum hominum conjecturas, veriſſimam hujus prædicati cauſam arbitramur. Notum eſt, officium JCtorum a veteribus triplici munere fuiſſe circumſcriptum, Reſpondendi, Cavendi, Scribendi, & hoc ultimum nemo ad Tabellionum partes ſpectare putet; ad artem Juris intimam hoc officium pertinebat, ut litigaturis modum agendi, ſummæ tum difficultatis, præſcriberent. Et olim quidem in omni actionum genere JCti tanquam oracula conſulebantur, donec Cn. Flavius, Ap. Claudii ſcriba, librum, quo formulæ actionum erant deſcriptæ, Claudio ſubreptum, publici juris fecit, maximo populi levamento, ut refert Pomponius in *l. 2. §. 7. de Orig. Jur.* Sed, quia formulæ non niſi de certis actionibus e nominatis contractibus erant conceptæ, longeque plura erant negotia, quam actionum nomina, manſit tamen neceſſitas conſulendi JCtos, quoties de re, cujus actio non erat publice præſcripta, agendum foret; nec enim ſuo arbitratu ob exactiſſimam anxiamque Fori Romani obſervantiam, cives experiri audebant: proinde adibant JCtos, qui verba, quibus uterentur, præſcribebant; unde præſcriptis verbis actiones, in quibus & ipſi JCti quandoque labi poterant, ut clientes verbis minus accurate præſcriptis cauſa caderent, quo pertinet jocus Ciceronis ad Trebatium JCtum familiarem ſuum, *8. Ep. 14. Quod ſi ſcribere*, inquit, *oblitus es, minus multi jam te Advocato cauſa cadent.*

3. Hinc patet uſus & ingenium hujus actionis in Foro Romano. Sequens appellatio minus eſt operoſa; dicitur enim CIVILIS, oppoſito ſenſu ad actiones Prætorias, ut nota eſt Juris Civ. ſtricte ſumpti contra Prætorium oppoſitio, ex *l. 7. §. 1. de Juſt. & Jur.* item e diviſionibus Obligationum, Actionum, exceptionum, in Civiles & Prætorias. Inſtitutum Prætoriæ inventionis fuiſſe conſtat, ut jus civile ſuppleretur, ut remediis abundaret, quod ipſum JCtis fuiſſe propoſitum, ex tot Actionibus ab illis aut inventis aut productis, paſſim liquet, & hic ipſe Tit. loquitur. Non multum inde recedit, quod UTILIS actio vocatur. Quid ſibi velit hæc appellatio, ſæpe alias dictum eſt, & ex oppoſitione directarum intelligitur. Directæ enim ſunt actiones, quæ ex propria certi cujusque negotii natura, vel ex ipſis legum verbis dantur. Utiles, quæ ob affinitatem paritatemque rationis, ad alias actionum ſpecies producuntur, quod evidentiſſimo exemplo actionis quadrupedariæ patet, quæ, de bipedis damno ſi quæratur, utilis eſt, quia Lex, cum de quadrupede loquatur, de bipedibus idem ſentire videtur, *l. pen. D. Si quadr. paup.* Sic etiam cum innominati contractus nulla Legibus actione prædití eſſent, JCti propter utilitatem & ſimilitudinem, has actiones eo produxerunt, & ſic *utilis* eſt actio Præſcriptis verbis, *l. 6. C. de Tranſact.*

4. Plus obſervationis eſt in ſequenti nomenclatura, quod INCERTA hæc Actio dicitur, quoniam e contractibus incertis oritur, *l. 6. C. de Permut.* Dicuntur contractus, unde hæc actio formatur, incerti; 1. Quia certis nominibus non diſtinguuntur, ſed innominati ſunt, atque vocantur. 2. Quia certa carent

rent origine; nascuntur enim e variis causarum figuris, & genere infinito negotiorum. Plerumque sane continentur hisce terminis, *Do ut des, Do ut facias, Facio ut des, Facio ut facias*, de quibus agit Paulus in *l. 5. h.* & passim alias in *hoc Tit.* Do ut des, eandem esse speciem cum permutatione, *superiore tit.* demonstratum est. Do ut facias, a locatione facti differt, I. materia subjecta, idque ex communi judicio & usu hominum existimandum; nam si factum sit, quod locari solet, est locatio conductio; si aliud genus facti, quod non cadit in popularem conductionis usum, est contractus innominatus, *d. l. 5. §. 2.* II. Qualitate mercedis, quæ certa, facit locationem, si factum sit locabile, incerta, contractum innominatum, *§. 1. Inst. de Locat. Cond.* ad quem *tit. n. 4.* hac de re dictum. Atque ex hac specie *do ut facias*, datur actio præscriptis verbis, nisi dolus alterius intervenerit, quo casu de dolo actionem competere, Paulus ex Juliano scribit, in *d. l. 5. §. 2.* Tu dices, quid hic doli actio, ubi præscriptis verbis in promtu est, cum nec de dolo agatur, nisi alterius actionis inopia, *l. 1. §. 4. & l. 7. pr. de Dol. mal.?* Responde, præscriptis verbis actionem non dari in casu doli; cum enim utraque sit actio extraordinaria, tam doli quam præscriptis verbis, sic est receptum, alteri esse locum, si dolus absit, alteri, quando dolus argui potest, & sic non dari concursum.

5. Pergit Paulus in *d. l. 5. Quod si faciam ut des, & posteaquam feci*, cesses dare, nulla erit civilis actio, & ideo de dolo dabitur, *§. 3.* Quid hoc negotii est, cur ex *Facio ut des* non agitur præscriptis verbis, ut e reliquis contractibus innominatis? Quin dari exinde præscriptis verbis actionem, docet Ulpianus in *l. 15. h.* cujus de conciliatione cum *d. l. 5. §. 3.* mirifice variant Interpretes, ut videre licet apud Wissenb. qui est hippocraticus, a desperatis ait abstinendam esse medicinam: Vult adeo, antinomiam esse manifestam, nec aliter Thomasius ad *Pos. ult. h.* Velim consideres, an non Paulus in *d. §. 3.* continuet orationem, qua in fine versiculi præcedentis docuit, actionem præscriptis verbis esse, cum quis sine dolo reus est præstandi; si dolus arguatur, esse de dolo actionem, non præscriptis verbis, id est utilem. Pergit ad contractum Facio ut des, nullamque ex eo civilem dari actionem, ponit, eodem casu, quo prius, si dolus arguatur, *Ideo de dolo dabitur*, inquit. Non potest de dolo dari, nisi dolus sit commissus; cum autem dolus admissus est, non datur civilis actio, ut est *in fine §. 2.* Ergo quod in *§. 3.* nulla civilis actio, sed de dolo esse dicitur, non de omni contractu facio ut des, sed de casu doli perpetrati accipiendum, quo casu ne quidem ex *do ut facias* actio nascitur. Idem Ulpianus in *d. l. 15.* cum ex contractu facio ut des actionem præscriptis verbis dari posuisset, subjicit: *Nisi quis & in hac specie de dolo actionem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur.* Est prorsus eadem doctrina, quæ *in d. l. 5. §. 2. & 3.* Continetur in illa specie actio præscriptis verbis, at si dolus aliquis arguatur, nulla est civilis, sed de dolo agendum. Nihilne ergo hac parte contrarietatis? Non videtur, nec potest in re tam facili & obvia. Quis enim dubitet, ex facio ut des agi posse præscriptis verbis, *l. 6. C. de Transact.?*

N. ADDIT.

Si res tam plana & obvia fuisset, ut Autori visum est, tot magna ingenia non sudassent in conciliandis textibus hisce. Dissensisse JCtos circa hanc quæstionem, vel ex ratiocinatione, qua Ulpianus utitur in d. l. 15. *patet, id vero aperte erroneum est, quod dicitur, Paulum in* d. l. 5. *non in genere de contractu, facio ut des, agere, sed in specie de casu, si dolus arguatur, adeoque §. 3. esse continuationem discursus in §. 2. Repugnat totus contextus* d. l. 5. *In principio totum ob rem dati tractatum in quatuor species dividit Paulus. De prima, seu do ut des agit §. 1. De do ut facias §. 2. De facio ut des §. 3. De facio ut facias §. 4. Ergo male verba:* nulla civilis erit actio, *ad certos quosdam casus speciales restringuntur. Ut taceam, illud effugium de actione de dolo ex aliis rationibus non procedere. Nam ex primis principiis constat, actionem de dolo esse subsidiariam, & non dari, ubi datur actio civilis, ac vice versa, ubi actio de dolo datur, non datur actio civilis. Igitur putavit Paulus forte cum aliis, contractum facio ut des non parere actionem civilem, præscriptis verbis, sed solum de dolo. Gajus contra putavit, eum parere actionem præscriptis verbis,* l. 22. eod. *& consequenter non actionem de dolo. Ulpianus* d. l. 15. *contentus fuit, si modo aliqua actio detur, & negotium non habeatur pro mero pacto nudo, sive sit actio præscriptis verbis sive sit actio de dolo. Sic vero conciliabitur quidem Ulpianus & cum Paulo & cum Gajo, sed manebit tamen antinomia inter Paulum & Gajum.*

6. Contractus Facio ut facias plures habet species. Permitto, ut tu in meo solo ædifices, ego in tuo; Paciscor, ut tu a meo debitore Carthagine exigas, ego a tuo Romæ, sunt exempla *d. l. 5. §. 4.* & hanc ultimam speciem nil aliud esse quam reciprocum mandatum, docet *ibi* Paulus; quæ observatio latius patet, ut reciprocum commodatum & re-

reciproca locatio ad hunc etiam contractum spectent; Nam si ita conveniat, ut tu meis equis utaris, ego tuis, uterque gratis, quid est aliud, quam mutuum commodatum vel Locatio conductio? sed quia neuter equos suos gratis concedit, neuter etiam mercede certa, nec locatio nec commodatum est, ut docet Justinianus in *§. 3. I. de Loc. cond.* sed erit actio præscriptis verbis, quæ tamen similis erit ei contractui, cui maxime adsimilatur, *d. §. 3. in fin.* Usus rei liquet hoc exemplo, de quo ante aliquot annos consulti sumus; Duo agricolæ contraxerant, ut alter alterius equos in opere suo rustico exerceret, alternis septimanis: si quis alterius equos diutius habuisset, in singulos dies duodenos asses pro singulis equis solveret; Accidit, ut alter, cum suum & alterius equum plaustro junxisset, ad capiendum jentaculum digressurus, funes exteriores, quibus equi claudebantur, solveret. Dum abest, equi fortuito consternati in fossam se præcipitant, in qua vicini equus, cum paterfamilias rediret, inventus est suffocatus, cujus pretium a domino repetebatur. Alter probabat, morem agricolarum ejus tractus ita ferre, ut equos ad tempus relicturi funes tantum exteriores solverent, quemadmodum ipse fecerat. Cui accedebat, quod eodem modo alienum quo proprium equum habuerat, ideoque levis culpæ reus non videbatur. Quæsitum est, an de levissima teneretur, quod inde pendebat, utrum Locationi conductioni an Commodato similior esset contractus? Respondimus, ultra levem culpam hic non præstari, quod utriusque utilitas in hoc contractu manifesto verteretur, præter quod propius ad locationem conductionem hanc speciem accedere, patet ex adjectione mercedis, pro diebus mutuam præstationem excedentibus. Hoc denique servandum ex *d. l. 5. §. 4.* contractus innominatos in effectis adsimilari nominatis contractibus, ad quos proxime accedunt, ut juxta alios observat Brunnemann. *ad d. l.* quod refer ad ea, quæ dicta sunt *parte I. tit. de Action. n. 28. in fin.*

Potest etiam ad facio ut facias referri hæc species; Si quis deposuerit pecuniam, hac lege ut Titius eam haberet, si hoc aut illud fecisset; si post depositam pecuniam Titius non fecerit, agitur ad id, quod depositum est, repetendum, *l. 18. ff. h. t.* ut frequenter usu venit apud nos, etiam in venditionibus munerum publicorum, pro quibus pecunia apud Tertium sæpe deponitur, ut si Collatio procedat, a venditore tollatur; si non procedat, præscriptis verbis potius, quam depositi sequestraria agendum statuit Ulpianus in *d. l. 18. h. t.*

7. Quin adeo est *incerta* hæc actio, ut applicetur ad omnes species causarumque figuras, in quibus æquitas actionem dari suadet, etsi nullum contractus, ne quidem innominati principium agnoscat: unde fit, ut præscriptis verbis actioni locus esse dicatur, ubi *civilis* actio negatur, etsi præscriptis verbis maxime civilis sit. Ita ex Precario nulla civilis actio nasci dicitur, *l. 14. de Precar.* Atqui præscriptis verbis agi posse de precario, traditur in *l. 2.* & *l. 19. eod.* Dic igitur, nulla civilis est actio, quæ ex aliquo contractu saltem innominato sit orta, quod non prohibet, quo minus extraordinaria præscriptis verbis actio applicetur. Sic etiam quando dubitatur, an actioni alicui sit locus, ad hanc vagam & extraordinariam præscriptis verbis actionem recurri solet, *l. 16. pr. h. t. l. 50. de Contr. Empt.* eaque res late patet, ut quoties fiunt conventiones contractuum terminos egredientes, præscriptis verbis agi posse videatur, ut in *l. 25. D. depos.* ubi species proponitur notissimos depositi terminos excedens. Quoties enim hoc fit, ut nesciamus, cui actioni proprie sit locus, in factum, quod est præscriptis verbis, agitur, ut est *in prædd. ll.* & alias passim; In *l. 23. §. 5. de R. V.* ubi: *In omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum neque in rem actio locum habet, in factum actio necessaria est.*

8. Forte etiam in hac specie, quæ frequenter usu venit: Quando inopes agricolæ vel artifices commodati titulo instrumenta, jumenta, pecora certo pretio æstimata accipiunt, cum stipulatione usurarum & hac lege adjecta, ut loco detritarum mortuarumque specierum aliæ succedant; utique hæc pactio notissimos commodati terminos excedit, ideoque si non stetur Pactis, agendum præscriptis verbis. Datur etiam rei vindicatio contra tertium, quatenus ipsa corpora rerum commodatarum in alienas manus inciderint, per *l. 23. pr. de R. V.* Sæpe quæsitum est, an & res in locum earum, quæ primitus translatæ fuerant, substitutæ, vindicari possint? Negandum hoc videtur per *l. 13. de reb. cred. l. 21. de her. vel act. vend. arg. l. 2. D. Quand. ex fact. tut.* Nec dubii juris res est, dominium esse jus in rem singularem, quod de corpore in corpus, a specie in speciem nullo modo transfertur, *d. l. ll.* Tamen in Fori nostri peristyliis, quin etiam in interiore recessu aliter existimatum judicatumque fuisse memini, quemadmodum sunt res humanæ. Sed Ordd. Frisiæ cum hoc instituto dominos prædiorum creditoresque sæpius in fraudem incidisse viderent, commodatoribus illis clandestinis jure dominii res invectas & illatas præripientibus obicem

cem huic incommodo posuerunt hujusmodi Statuto: Ut cessiones rerum jure commodati vel similis sine translatione proprietatis sint tantum trimestris durationis, nisi dominis prædiorum fiat denunciatio & explicatio contractus ejusque denunciationis testata relatio extet; alioqui talia bona pro debitis ejus, penes quem reperiuntur, obligata censeri & obnoxia distractioni. Præterea, si forte non tradantur instrumenta pecudesque colonis aut inquilinis, sed hi per contractum declarent, se res suas mobiles certo titulo in alium transtulisse, sic tamen ut ipsi possessionem, vel saltem detentionem retineant aut statim recipiant, hujusmodi translationes non valituras, nisi ab eo tempore, quo actis judicii, cui cedens est subjectus, insinuata fuerint, quo domini conditionem eorum, quibus prædia sua locant, exploratam habere possint. Edictum *d.* x x 1. Febr. 1682.

9. Satis prolixe de qualitate, qua præscriptis verbis *incerta* dicitur actio. Minus operosum est, quod *incerti* vocatur in *l. 7. §. 2. de Pact.* propterea, quod nullas habeat certas præstationes; sed alias aliasque pro diversitate negotiorum, semper in id quod interest, *l. 5. §. 2. h.* Denique, quod omnes contractus innominati, quamdiu utrimque non sunt impleti, pœnitentiam recipiunt, ut antehac intellectum *ad tit. de Condict. c. dat. n. sec.* id inprimis ad incertitudinem quoque spectat; si tamen actio præscriptis verbis hoc respectu non potius *incerta*, quam *incerti*, quod magis videtur, appellanda sit.

10. Ultima qualitas & actionis hujus appellatio est, quod *in Factum sit, l. 13. §. 1. & l. 22. h.* Ratio nuncupationis hujus ex his, quæ inde ab initio dicta sunt, colligi potest, quia per narrationem rei gestæ secundum æquitatem facti, conclusio in hujus actionis libello instituitur. Verum quod Rubrica nuncupationem præscriptis verbis ab in factum actionibus discreuit, hanc habet rationem: Actiones in factum latius patent, quam præscriptis verbis, Sunt enim Civiles vel Prætoriæ. Civiles ad Contractus vel ad Delicta pertinentes. In Factum actiones de contractibus, sunt ipsæ præscriptis verbis actiones. E delictis, exemplum habes in *§. ult. I. de L. Aquil.* Unde discimus, actiones, quæ a verbis Legum aut a natura negotiorum longius, quam soleant utiles actiones, recedunt, *in factum* non incommode posse vocari, quo pertinent *l. 13. fin. pr. de Pign. act. l. 12. §. 6. & l. 22. §. 10. ff. Mand.* Et tamen si quis has ipsas in factum actiones a Præscriptis verbis actionibus illis vagis & extraordinariis, discrepare non putet, eum nihil opinor erraturum. Quod enim de his antea dictum est, ad eas recurri, quoties termini actionum ordinarii desunt, hoc in ejusdem generis casibus de in factum actionibus prædicatur, ut jam vidimus *ex l. 23. §. 5. de R. V.* Idemque firmatur ex *l. 3. §. ult. de Condict. caus. dat. non sec.* & ex reliquis locis, ubi præscriptis verbis actiones in factum dici intelleximus.

Ex his liquet, præscriptis verbis actiones in hoc ab aliis actionibus discrepasse, quod reliquæ certas formulas publice receptas haberent, quæ solennes erant, & quæ nisi ad syllabam usque servatæ essent, Actores *formula excidebant*, ut Suetonius *in Nerone* loquitur, hoc est, ut hodie dicimus, instantiam amittebant. Hasce formulas & verborum aucupia simplicior posteritas cœpit aversari, donec eas Constantinus, *cunctorum actibus radicitus amputaret*, ut ait in *l. 1. C. de Formul. & impetr. subl.* sanxitque sufficere, *si aptam rei & proposito negotio competentem eam esse constiterit, l. 2. eod. tit.* quod revera nihil est aliud, quam more veteri Præscriptis verbis agere ut superius definitum est. Adeo ut ad modum agendi quod attinet, nulla amplius inter actiones ex contractibus nominatis & innominatis sit differentia. Nec ideo nomen actionis in libello amplius specialiter exprimendum requiri manifestum est, cum narrationem & conclusionem negotio cuilibet aptam & convenientem proponi, sufficiat ex sententia Constantini *in d. l. 2.* Nec alia moribus hodiernis est ratio vel stylus Fori & Curiarum, etsi narratio & conclusio vix aliter fieri possint, quin, si Contractus sit nominatus, ejus nomen aliquo loco exprimatur. Quæ res tamen Advocatis non remittit curam animum advertendi, quæ sit actio, quam instituere debeant, aut qualis sit negotium, de quo experiri cogitant; cum alioqui conclusionem, quæ merito lapis angularis processus habetur, formari nequeant, nisi præstationes negotio convenientes bene perspectas habeant, nec has rite nisi nomen actionis noverint, discernere possint.

FINIS TERTIÆ PANDECTARUM PARTIS, ET PRÆLECTIONUM JURIS CIVILIS SECUNDÆ.

DEO GLORIA.

PARS